

**Expte. n° 6153/08 “Ministerio
Público – Asesoría General Tutelar
de la Ciudad Autónoma de Buenos
Aires c/ GCBA s/ acción declarativa
de inconstitucionalidad”**

Buenos Aires, 12 de mayo de 2010

Visto: los autos indicados en el epígrafe,

resulta:

1. A fs. 1/19 la Sra. Asesora General Tutelar de la Ciudad, Dra. Laura C. Musa, interpuso la acción prevista en el art. 113 inc. 2 de la CCABA para que se declare la invalidez constitucional y pérdida de vigencia de diversas normas del decreto n° 960/08 que modificó el programa de “Atención para Familias en Situación de Calle” aprobado por el decreto n° 690/06.

La accionante sostiene que las disposiciones reglamentarias mencionadas “implican retrocesos en la política pública destinada a proteger el derecho a la vivienda adecuada” y, por ello, vulneran los arts. 14 *bis*, 16, 28, 31, 75, incs. 22 y 23, y 99 inc. 2, de la Constitución Nacional; el artículo 25, inc. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los arts. 2, 4 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el artículo 5 inc. e de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 14 inc. 22 de la Convención por la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres; los arts. 10, 11, 17, 20, 31 y 39 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; la ley nacional n° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, y la ley n° 114 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 1 vuelta y 2 vuelta).

2. El Tribunal, por mayoría (cf. voto del juez José Osvaldo Casás al que adhirieron en lo pertinente los jueces Ana Maria Conde y Luis Francisco Lozano), declaró parcialmente admisible la acción mediante la sentencia de fecha 3 de diciembre de 2008 (fs. 28/41), con al siguiente alcance:

En cuanto al **art. 1º del decreto nº 960/08** —que sustituyó al art. 3º del decreto nº 690/06— en tanto, según la accionante, *excluye* “como objetivo de la política pública (...) *la orientación de las familias en situación de calle en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional*” e *incorpora* “*la transitoriedad de las medidas en reemplazo de la política de solución de la problemática habitacional*” (fs. 13 vuelta).

En punto al **art. 2º del citado decreto nº 960/08** —que sustituyó el art. 4 del decreto nº 690/06— en cuanto, según la accionante, “*reduce la población destinataria* a las personas o familia en situación de calle” y *excluye* “como beneficiarios del programa *a quienes* por cualquier causal *se hallaren en riesgo* de ser desalojados o ante la inminencia de encontrarse en *situación de calle*” (fs. 14).

Respecto del **art. 4º del decreto nº 960/08** —que sustituyó al art. 10 del decreto nº 690/06— en tanto, a criterio de la Sra. Asesora General Tutelar, establece que “*la asignación monetaria tendrá como único destino cubrir gastos de alojamiento*” y sólo de manera excepcional podrá ser destinado “a la obtención de una solución definitiva para la problemática habitacional de la familia”, lo que considera una restricción al destino del subsidio que otorgaba la redacción anterior, en orden a su utilización tanto para cubrir gastos de alojamiento o enderezada a la obtención de una solución habitacional definitiva (fs. 17)

En cuanto al **art. 5º del decreto nº 960/08** —que sustituyó el art. 11 del decreto nº 690/06—, en la medida que ahora *requiere como requisito* de admisibilidad *ser residente de la Ciudad con una antigüedad mínima de dos (2) años*, cuando la anterior exigencia en este punto era sólo de un (1) año.

3. El Gobierno de la Ciudad contestó el traslado previsto por el art. 21 de ley nº 402 y solicitó el rechazo de la demanda (fs. 47/63 vuelta).

4. Luego, la actora presentó un escrito en el cual manifestó que, “con posterioridad al inicio de esta acción, el Ministerio de Desarrollo Social dictó la Resolución nº 1554/GCBA/MDSGC/08 que, junto a su Anexo I, reglamenta el Decreto nº 690/06, modificado por el Decreto nº 960/08”. La Sra. Asesora sostuvo que dicha Resolución, “reglamentó los artículos cuestionados en esta acción” y que “la declaración de inconstitucionalidad de las normas cuestionadas en esta acción acarrea la pérdida de vigencia de la reglamentación dictada en consecuencia” (fs. 65/68 vuelta).

Mediante el pronunciamiento de fecha 16/03/09, el Tribunal dispuso correr traslado de la presentación al GCBA (fs. 73/75).

En su contestación la demandada solicitó el rechazo de la misma (fs. 115/121 vuelta).

5. A fs. 103/111 y 125/134 se presentaron respectivamente, en calidad de *amici curiae*, la *Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ)* y el *Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)*, expresando una “opinión fundada sobre el tema en debate”.

A fs. 260/271 vuelta y 288/299 respectivamente, hicieron lo propio la *Sra. Defensora del Pueblo de la Ciudad* y el *Sr. Facundo Martín Di Filippo*.

6. Con fecha 27/11/09, ante la vacancia en el Tribunal originada por la renuncia a su cargo de juez del Dr. Julio B.J. Maier, el juez de trámite dispuso su integración con un magistrado designado por sorteo, resultando desinsaculada la Presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Contravencional y de Faltas, jueza Elizabeth Marum, circunstancia que fue notificada a la aludida magistrada y a las partes (fs. 283, 284 y 303/307).

7. A fs. 136/149 vta. el *Sr. Fiscal General Adjunto* de la Ciudad emitió su dictamen y *propició el rechazo de la acción declarativa de inconstitucionalidad* interpuesta.

8. El día 16 de diciembre de 2009 tuvo lugar la audiencia pública prevista por la ley n° 402 —con la integración del Tribunal que resultó del sorteo efectuado a fs. 284—. En ese acto hicieron uso de la palabra los asistentes oficiosos del Tribunal, la parte actora, los representantes de la Procuración General de la Ciudad y el *Sr. Fiscal General Adjunto* (fs. 318).

Fundamentos:

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. El planteo que debe ser tratado por el Tribunal.

Como surge del relato contenido en los resulta, *la presente acción declarativa de inconstitucionalidad*, por decisión de la mayoría del Tribunal, *quedó circumscrip*ta al examen del cuestionamiento de la *Sra. Asesora General Tutelar* vinculado a los arts. 1º, 2º, 4º y 5º del decreto n° 960/08.

En sustancia, los planteos reseñados se fundan en la *violación del principio de progresividad o prohibición de regresividad* —en los términos

de los arts. 28, 31, 75, inc. 22 y 23, CN; 10 y 31, CCABA; 26 de la CADH; y 2º y 4º del PIDESC—, en materia de protección del derecho a la vivienda adecuada contemplado por los arts. 14 *bis*, CN; 17 y 20 CCABA; 25, inc. 1º, DUDH; y 11 del PIDESC.

También corresponde señalar que *se ha incluido en el debate la resolución n° 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social*, reglamentaria del decreto n° 960/08, ya que la Sra. Asesora ha expresado que la pretensión declarativa de inconstitucionalidad formulada en la causa se extiende a su contenido, en cuanto se relacione concretamente con los artículos del decreto citado que son objeto de tacha (fs. 65/68 vuelta).

2. Algunas precisiones acerca del reconocimiento del derecho a la vivienda digna en la Constitución del Ciudad, el concepto de progresividad y la presunción de legitimidad de los actos jurídicos estatales.

2.1. Con carácter liminar, corresponde efectuar ciertas precisiones orientadas a dejar en claro el marco conceptual sobre el cual se examinarán las objeciones al decreto n° 960/08 formuladas por la accionante.

2.2. En primer término, considero que corresponde que haga propio, en general, los contenidos del meduloso desarrollo argumental efectuado por mis colegas, doctores Ana María Conde y Luis F. Lozano —al que adheriré con matizaciones y en lo pertinente— en la causa: *“Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”*, expte. n° 6754/09, sentencia del 12 de mayo de 2010, toda vez que en el precedente citado el Tribunal, si bien en ejercicio del *control difuso de constitucionalidad* que le compete en virtud del art. 113, inc. 3º de la CCABA, ha debido definir el alcance que cabe asignar al *derecho a una vivienda digna*, en los términos en que se halla consagrado en el art. 31 de la Carta Magna local, cuestiones relacionadas a las que se ventilan hoy, en este expediente, y su confrontación con los *derechos asistenciales* contenidos en *diversas normativas emanadas del Departamento Ejecutivo* de la Ciudad, a través de la *impugnación en abstracto del decreto n° 960/08*, articulada por la Asesora General Tutelar, en este caso por la vía del *control de constitucionalidad concentrado*, prevista y regulada por el art. 113, inc. 2º, del Estatuto Supremo local.

Así, tal como lo sostuvieron los jueces Conde y Lozano en el precedente referido, para un mejor tratamiento del eje central de los planteos propuestos, conviene transcribir el texto del art. 31 de la CCABA:

La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello:

- 1. Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos.*
- 2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva.*
- 3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.*

El artículo transcrito comienza por reconocer el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado.

En esta cláusula, la CCABA engloba un aspecto inexorablemente colectivo —hábitat adecuado— con otro que, como regla, implica, directamente o de modo indirecto, como puede ocurrir en los planes autogestionados, asignaciones individuales de recursos, y sólo podemos imaginarlo como atendido por bienes colectivos en situaciones excepcionales en las que una escasez insuperable impone compartir el techo.

La reglamentación de esos derechos incumbe al Legislador, que debe cumplir tal tarea conforme a las prioridades previstas por el constituyente y sin alterar el espíritu del mandato contemplado en el art. 31 de la CCABA.

Inmediatamente, la norma organiza en tres incisos una sucesión de medios para atender dicho derecho. Esas previsiones abarcan desde el *ejercicio del poder de policía*, del tercer apartado, hasta *la organización de los beneficiarios y el apoyo de la autogestión para construir viviendas*, pasando por *la concreción de soluciones habitacionales según prioridades*.

El resultado que la CCABA pone a cargo del Estado no es de cumplimiento instantáneo, ni siquiera inmediato o de corto plazo. La sola circunstancia de que prevé *prioridades —personas que padecen pobreza crítica, necesidades especiales con pocos recursos, viviendas precarias o marginación—* implica que el constituyente asumió que *los recursos son escasos y, por tanto, deben ser distribuidos según criterios transparentes que brinden apoyo antes a quienes tienen más necesidad*.

En la misma senda y con una formulación explícitamente omnicompreensiva, el *inc. 1°* dispone *resolver progresivamente el déficit habitacional*, que, como dije no es el único objeto del derecho enunciado

en el encabezamiento. Esta previsión enlaza con la *necesidad de afectar recursos no infinitos a distintas prestaciones de naturaleza social y cultural; educación y salud*, esencialmente, *que deben también ser atendidas por el Estado*. Además, *tiene un propósito que no se puede perder de vista y que consiste en posibilitar radicaciones definitivas*, tal como establece el inc. 2º.

2.3. El art. 31 de la CCABA se enmarca en el contexto normativo de la CN y particularmente en el del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —en particular art. 11 que reconoce el *derecho a la vivienda adecuada*—, elevado a la jerarquía de regla constitucional, en las condiciones de su vigencia, por el texto del art. 75, inc. 22 de la CN, según *Reforma Constitucional de 1994*. Las disposiciones de dicho tratado internacional también son asumidas como compromiso por el constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el art. 10 de la CCABA.

A la luz de la relación entre el gobierno federal y los locales que organizan, entre otros, los arts. 5º, 31 y concordantes de la CN, dicho *art. 31 de la CCABA* debe ser interpretado como *un desarrollo de los derechos acordados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Los derechos que confieren ambos cuerpos normativos no “pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

Corresponde, entonces, establecer el *alcance del derecho a la vivienda* contemplado en el art. 11, lo que supone asumir, entre otras reglas, la de la *progresividad* prevista en el art. 2º, ambos del Pacto Internacional en cuestión. Ello así, porque, aunque no ha sido puesto en tela de juicio que el art. 31 de la CCABA cumple con dicho pacto, la interpretación que de él se haga servirá necesariamente de pauta para la de la norma local, por aplicación de la regla hermenéutica, tantas veces recordada por la CSJN, con arreglo a la cual de dos interpretaciones debe optarse por aquella que armoniza mejor con la norma de rango superior (*Fallos*: 182:486; 184:5; 186:258; 200:165; 281:146; 296:22; 297:142; 299:93; 301:460; 304:794 y 314:1445 entre otros).

La *Observación General 3 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1990, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, art. 11 [2], en adelante OG3), suministra una visión que nos sirve indudablemente de guía y que habrá de ser tenida en cuenta a la hora de formular la interpretación del art. 31 de la CCABA.

2.4. En primer término, *las obligaciones deben ser cumplidas por todos los medios apropiados y principalmente mediante medidas legislativas*, sin que ello signifique que la Administración no deba

contribuir a hacerlas efectivas —art. 2º (1) del Pacto y punto 3 del OG3— pero, cada poder dentro de la función que le incumbe. Son razones esenciales, para esta prelación de las medidas legislativas, la necesidad de garantizar la igualdad en la distribución de los beneficios (OG6 y puntos 1 y 3 de la OG3) y la circunstancia de que *la obtención de los recursos y su asignación es una base esencial para el cumplimiento* (OG3 punto 1).

2.5. Las obligaciones de los Estados son en buena medida de medios no de resultados (OG3 punto 1) y las de medios llegan a la máxima medida de los recursos disponibles ¹. Los recursos disponibles limitan aun la progresividad en el cumplimiento pleno de los compromisos emergentes del PIDESC. De todos modos, no es menos cierto que el párrafo 1 del art. 2º del tratado obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, por tanto, 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 el máximo de los recursos que están a su disposición para satisfacer sus obligaciones (cf. OG3, puntos 9 y 10).

¹ “Sobre la base de la extensa experiencia adquirida por el Comité, así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. 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 art. 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.” (cf. OG3, punto 10). // “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. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción.” (cf. OG3, punto 11).

Esto significa que *la Ciudad de Buenos Aires no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de la disponibilidad de tal bien. Su obligación se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles.*

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— conforme se explicará más adelante.

2.6. Asimismo, la satisfacción por los Estados adheridos al tratado internacional de derechos susceptibles de ser invocados ante sus órganos judiciales constituye un deber de esos Estados, que, en nuestro caso, pesan tanto sobre el Estado federal como sobre los locales que han investido al federal de la misión de representarlos ante la comunidad internacional (OG3 punto 5).

2.7. *La progresividad del art. 2º constituye en ese sentido una salvaguarda para los Estados cuando no pueden cumplir inmediatamente respecto a todo el universo de los sujetos titulares de derechos los deberes asumidos. Empero, adoptar las medidas (versión española), taking the steps (inglesa) o s'engage à agir (francesa), son, en el criterio de la OG3 punto 9, de resultado, e inmediatamente exigibles, de manera que, a partir de la vigencia del pacto, los gobiernos sobre los que pesa el deber de cumplirlo deben adoptar medidas que conduzcan a hacerlo en plenitud.*

Ello implica que, en cada momento, debe exhibirse, en lo posible, un paso más que los acumulados en aquellos precedentes dirigidos a alcanzar el objetivo y, al menos, no uno ni varios en sentido contrario.

Los pasos deben ser deliberados, concretos y dirigidos tan claramente como sea posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas por el Pacto ².

En otras palabras, el art. 2º impone la obligación de actuar tan expeditiva y efectivamente como sea posible hacia el logro de las metas previstas. Más aún, la OG3 destaca que “...todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la

² “Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.” (cf. OG3, punto 2, *in fine*).

totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.” (OG3, punto 9, *in fine*).

2.8. En esa línea, no cabe medir *la mejora* según lo que toque a cada individuo, sino que debe serlo *globalmente para todos los titulares de los derechos*. *Tampoco cabe pensar aisladamente los derechos* contemplados en el PIDESC sino que *hay que apreciarlos en conjunto*, según se desprende de que *los recursos disponibles lo son para todos los derechos de todos los integrantes de la sociedad que los demanden*. La tan citada OG3, al analizar el concepto de progresividad y regresividad relaciona esas calificaciones con el universo de medidas —obligaciones estatales— y de derechos —de los integrantes del cuerpo social— alcanzados por las previsiones del PIDESC en función del máximo de recursos disponibles (ver puntos 9 y 10).

2.9. Las medidas deben ser las mejores que permitan los recursos de que se dispone.

2.10. Esas medidas corresponden en buena parte ser dispuestas por los poderes legislativos (OG3 puntos 3, 4, 6, 8, 11 y 15). Por un lado, incumbe primariamente al Poder Legislativo establecer cuáles son los recursos disponibles y, además, nada asegura mejor que una medida legislativa el preservar la igualdad en la distribución de beneficios que posibiliten el goce de los derechos (punto 3).

2.11. A esta altura de la exposición resulta necesario recordar que *la interpretación del Pacto Internacional no incumbe* solamente a los jueces (art. 31 de la CN) sino *también al Poder Ejecutivo Nacional* en su carácter de responsable y conductor de las relaciones exteriores. Esto obliga a un delicado equilibrio en el cual los jueces deben tener presente la necesidad de que la República pueda operar como un coherente sujeto de derechos en la comunidad internacional. No hay evidencias de que los órganos políticos federales hayan querido que el contenido de las obligaciones asumidas mediante el PIDESC exceda el que el GCBA se propuso, ni que haya asignado recursos financieros complementarios a través de políticas nacionales de vivienda —más allá de los tradicionales aportes del FO.NA.VI.— para que la CABA los implemente en su territorio.

2.12. Otra obligación de resultado surge del PIDESC en la concepción de la Observación General 3, punto 10, por cuanto: *los Estados deben asegurar un piso o mínimo de satisfacción a los derechos que deben tutelar*. Esto impone a los Estados el deber de priorizar el uso

de los recursos de que disponen. En el caso del derecho que nos ocupa, el deber consiste en brindar al menos un resguardo básico al universo de individuos al que tiene el deber de asistir (OG3 punto 10). En este sentido, el punto 10 de la OG3 apunta que "...al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos" y enumera como expresión mínima de esos derechos el acceso a, por ejemplo, "...alimentos esenciales, atención primaria de salud esencial, de *abrigo y vivienda básicos* ..." (el destacado en bastardilla no figura en el original). Resulta ilustrativo mencionar que en las versiones en inglés y francés, para lo que aquí importa, se usan respectivamente los términos *shelter and housing* y *logement*. Traducido al español *shelter* es "abrigo" o "refugio" y combinada con *housing* o *logement* remite a la idea de alojamientos gubernamentales u oficiales (cf. Diccionario *Oxford Spanish Dictionary*, Oxford University Press, 2005 y *Espasa Grand: español-francés*, Espasa-Calpe, 2000). En la interpretación del Comité, el parador estatal destinado a brindar "abrigo" aparece como la expresión mínima del derecho a la vivienda. Una manifestación de ese derecho que, por austera, no debe dejar de reunir condiciones indispensables de dignidad.

2.13. A partir de tales directivas constitucionales analizadas en el contexto reseñado, es posible y necesario determinar la significación atribuible al art. 31 de la CCABA.

El texto comentado lleva a adoptar la siguiente interpretación o doctrina:

el art. 31 impone al GCBA

- a) *atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes* ³, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;
- b) *esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;*
- c) *no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;*
- d) *sino que éste debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;*
- e) *la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;*
- f) *los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;*

³ Acerca de qué características debe tener una vivienda para cumplir con el art. 11 (1) del PIDESC se puede consultar la Observación General 4 del Comité.

- g) *deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.*
- h) *el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.*

Los subsidios para vivienda no constituyen la política a que hace referencia el art. 31 de la CCABA, según ya ha sido explicado. Sin embargo, se traducen en un paliativo transitorio tendiente a mitigar la urgente necesidad habitacional de ciertos grupos que se encuentran, objetivamente, en desventaja para procurarse por sí un lugar donde vivir.

En ese marco, el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional, 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.

Dentro de este esquema, no debe olvidarse que los potenciales beneficiarios que pretenden aprovechar el subsidio o programa especial de vivienda social, deben cumplir los requisitos y condiciones impuestos por las normas. Ese cumplimiento debe ser acreditado fehacientemente para que exista un deber a cargo del GCBA cuyo cumplimiento sea exigible en sede judicial. Se trata de una carga procesal que quien pretende ser beneficiario del subsidio, tiene el deber de demostrarlo dentro del marco normativo de acceso, sancionado por el Poder Legislativo —quien, como se dijo, es el órgano natural para reglamentar este derecho— o por los reglamentos generales complementarios, o que en ausencia de sustento legal, emita el Departamento Ejecutivo.

2.14. *Establecido ello y, para quedar en condiciones de resolver los planteos formulados al Tribunal, corresponde comenzar por enmarcar los derechos y obligaciones contemplados en el art. 31 de la CCABA dentro del sistema de gobierno organizado por la Constitución de la Ciudad.*

Quedó enunciado que todas las medidas contempladas en la cláusula constitucional bajo estudio deben tener rango legislativo. El Legislador, depositario y expositor de la voluntad general, es a quien le corresponde reglamentar los derechos acordados por la Constitución y, sin alterar su espíritu, es él quien debe elegir la política así como los mecanismos para dar satisfacción, en este caso, a las necesidades de vivienda y hábitat adecuado. Asignar a los legisladores esa atribución responde a su origen representativo, en virtud del cual también son ellos quienes, votan los recursos, aprueban el presupuesto y autorizan los gastos, conocen las diversas necesidades a satisfacer por el Estado y

resuelven el manejo de *las prioridades en juego. El plan de gobierno surge de la labor parlamentaria* en la que conviven, cada uno con competencias propias, tanto la rama legislativa como la ejecutiva (elaboración de proyectos, iniciativa para su tratamiento, sanción, promulgación o veto).

Además, a ésta última rama gubernativa le corresponde, por regla, ejecutar, dentro del margen que la ley le acuerde, las políticas públicas decididas por el Legislador.

La nota común para estos poderes está dada, en la medida de sus competencias, por la responsabilidad en la elección y diseño de las políticas de gobierno destinadas, para lo que aquí importa, a lograr 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” (art. 31 de la CCABA). Al tener atribuida esa función en el diseño de distribución de las competencias prevista en la CCABA, también cuentan con las herramientas adecuadas para poder ejercer el mandato conferido. La visión global de las necesidades públicas, el modo de abordarlas, la determinación de los recursos disponibles y su aplicación eficiente, corresponden privativamente al ámbito legislativo y, en ese terreno, al Ejecutivo como co-legislador.

En cambio, en ejercicio de sus propias competencias ni el Poder Ejecutivo (vgr. art. 104, inc. 17, de la CCABA) ni el Poder Judicial (art. 106 CCABA) pueden asumir la adopción de las definiciones políticas, privativas del Legislador. Por regla, solamente en el ámbito legislativo puede establecerse el modo de afectar y asignar recursos, ya que es de su resorte competencial instituirlos y autorizar su gasto. Esa elección, en materia de vivienda debe observar las prioridades contempladas en el art. 31 de la CCABA así como aquellas otras que determine el legislador y resulten conciliables con las directivas de rango superior.

A su turno, es evidente que no corresponde al Poder Judicial seleccionar políticas públicas ni expedirse en torno a su idoneidad o conveniencia. Mucho más evidente surge la falta de medios inmediatamente disponibles para asumir tal tarea. Esos medios están ausentes de inmediato y en cuantía suficiente porque no atañe al Poder Judicial asumir la misión de elaborar un plan de gobierno, más allá del control constitucional a su cargo del obrar de los otros poderes. La carencia de representatividad de los órganos permanentes del Poder Judicial no es el único ni el principal motivo por el cual los jueces no están llamados a ejercer el rol de gobernar. En realidad, si los temas propuestos pudieran ser resueltos por los jueces por medio del control difuso los efectos de la cosa juzgada sobre prestaciones periódicas futuras y abarcativas de universos amplios de beneficiarios implicarían que las

políticas de Estado dispuestas, en esta hipótesis por los jueces, adquirirían la estabilidad propia de ese instituto. Ello, claro, resulta incompatible con la mutabilidad que debe tener en nuestro sistema la selección de las políticas públicas de gran aliento e, incluso, de coyuntura, por ello depositada en el legislador. Dispuesta la afectación de recursos de futuro por los jueces, el compromiso quedaría cristalizado en el tiempo, al margen de la realidad presupuestaria y de la sucesiva prelación y selección de las erogaciones públicas que deben atenderse en cada presupuesto financiero anual, que en ese terreno el sistema democrático atribuye al órgano representativo.

Sin embargo, lo dicho no importa negar al Poder Judicial toda intervención en la materia que nos ocupa. Es que si bien en nuestro sistema los magistrados deben ser fieles al programa legislativo y al orden jurídico vigente, ante la ausencia de una regulación precisa por el legislador del derecho a la vivienda, dentro del marco de los decretos que ha venido sancionando el Poder Ejecutivo, pueden controlar si la asignación de los beneficios se ha realizado sin exclusiones, con total transparencia y sobre la base de las prioridades establecido por aquél. En relación con esto último resulta útil transcribir lo expresado por el legislador Di Filippo, como *amicus curiae*, en la audiencia celebrada (fs. 318), oportunidad en la que destacó que “[h]ay un abuso de subsidios también porque, más allá de que este planteo se vuelva restrictivo y acompañamos y ratificamos claramente la cuestión regresiva de la modificación del decreto, hay un abuso, por ejemplo, en lo que fue el caso del incendio de Lacarra 2090 en el barrio de Flores frente al Club Deportivo Español cuando en un asentamiento un incendio intencional motivó el desalojo del mismo y en ese momento cuando había 600 familias censadas se entregaron 1200 subsidios habitacionales. Entonces me parece importante resaltar por una lado la restricción que se plantea en el marco normativo de la entrega de subsidios y por otro lado el abuso y la falta de control en la entrega de subsidios como lo muestra ese caso” (del registro audiovisual de la audiencia reservado en estas actuaciones, fs. 318).

En síntesis, en mi concepto, si bien los jueces no pueden soltar amarras de la ley sustituyendo el programa legislativo por uno propio, su ámbito de decisión, en los hechos, se ve ampliado en ausencia de una norma legal que establezca el alcance y contenido del derecho a la vivienda con radicación definitiva, el cual, aun a través de medidas paliativas y transitorias, como los subsidios, reviste carácter prestacional, generando obligaciones al Tesoro Público el que se nutre de recursos, por definición, escasos, lo que reclama la mayor prudencia al decretar nuevas erogaciones.

2.15. Precisamente, ahondando en las consideraciones vertidas en el punto anterior, se hace necesario tener en cuenta que *la cláusula constitucional examinada (art. 31 de la CCABA), con un claro sentido reglamentario, suministra criterios que fijan el cauce dentro del cual deben actuar los poderes políticos al dictar las normas complementarias —tal como el contenido en el primer inciso que prioriza a las personas que padecen de una pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos—*, directivas que al estar contenidas en el vértice del ordenamiento jurídico habilitan el pertinente ejercicio del control judicial, aún en los subsidios y ayudas temporarias que obran como paliativos ante el déficit habitacional que sufren los sectores sociales más postergados.

También está en juego, como principio más general que preside la consideración de estas medidas, la *garantía de igualdad*. La aplicación de *las reglas de prioridad y la mencionada garantía de igualdad, todas de fuente constitucional, constituye la valla a la discrecionalidad y al favoritismo*, en el que todos los poderes del Estado podemos incurrir cuando no observamos estas condicionantes. Dicho de otro modo, identificar y aplicar los criterios de distribución previstos en el derecho positivo permite al juez dirimir una controversia al tiempo que garantiza que lo hace según los parámetros y con la afectación de recursos prevista por la autoridad competente.

El examen de las medidas que el GCBA emite en cumplimiento del art. 31 de la CCABA puede ser pedido por quienes se encuentran dentro de los grupos postergados. Al remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional.

2.16. Con carácter previo a ingresar al estudio del caso bajo las reglas enunciadas, corresponde señalar que *el abordaje que el Gobierno ha dado al problema habitacional dista del programa que la CCABA le ha encomendado*. Basta considerar que *las normas que suscitan esta demanda*, contenidas en el *decreto n° 960/08*, modificatorio del decreto n° 690/06, *fueron emitidas por el Poder Ejecutivo* en ejercicio de las facultades que le acuerdan los arts. 102 y 104 inc. 17 de la CCABA. Con lo dicho, no pretendo ignorar que el inc. 17, del art. 104 de la CCABA establece que *el Jefe de Gobierno tiene la facultad de conceder “...subsidios dentro de las previsiones presupuestarias para el ejercicio”*. No se discute que el otorgamiento de subsidios debe ser instrumentado

por medio de actos administrativos dirigidos a los destinatarios del beneficio. Ahora bien, ello no significa que esa competencia no deba ser *ejercida en el marco de reglas preestablecidas* de distribución de los recursos afectados, en el caso, a *la satisfacción del derecho del art. 31 de la CCABA*; *competencia*, esta sí, *típicamente legislativa*, por importar la *reglamentación de un derecho constitucional*. En efecto, es al Poder Legislativo a quien le compete, a la luz de la distribución de competencias que realiza la CCABA, establecer las pautas en base a las cuales el Poder Ejecutivo debe hacer uso de las facultades que tal Estatuto le acuerda (hasta aquí, con las adecuaciones que he estimado pertinentes, he seguido las ideas, la redacción y el orden expositivo del voto de mis colegas, los señores jueces Conde y Lozano en la ya apuntada causa “Alba Quintana”).

La *ausencia* de estas *disposiciones, reglamentando el derecho previsto en el art. 31 de la CCABA a nivel legal*, puede dar lugar al favoritismo mencionado más arriba, como así también a que un poder que no tiene a su cargo la competencia constitucional de autorizar los gastos y fijar su destino anualmente mediante la sanción del presupuesto oriente las erogaciones, dentro del margen de los programas presupuestarios genéricos aprobados por la Legislatura, a su sólo arbitrio, lo que alteraría los roles esenciales que en materia financiera se asignan, equilibradamente, a los distintos departamentos en los regímenes republicanos. A partir de esta circunstancia, *queda justificado un control y escrutinio más estricto por parte de la magistratura judicial sobre la aplicación que de los apuntados regímenes realice el Departamento Ejecutivo y si contempla las pautas y prioridades contenidas en el art. 31 de la CCABA sin que, por esta sola circunstancia, pueda entenderse facultada para otorgar mayores y distintos beneficios en forma irrestricta, susceptibles de superar los montos o la extensión temporal de los fijados con alcance general por el Jefe de Gobierno o sus subordinados*. Ello así, en tanto *no existe un derecho constitucional en abstracto a los subsidios*, por *apuntar el art. 31 de la CCABA a la radicación en viviendas definitivas* y, al mismo tiempo, por *conformar las ayudas un derecho asistencial de rango infraconstitucional* —con respaldo en el programa presupuestario aprobado por la Legislatura y reglamentado por el Ejecutivo—, que brindan tan sólo *un paliativo transitorio y destinado a mitigar la urgente necesidad habitacional de los grupos más postergados que se encuentren a la espera de la instrumentación progresiva del derecho de acceso a la vivienda con radicación definitiva*. Como resultado de las puntualizaciones anteriores, entiendo que la revisión judicial, a través del *control difuso* por todos los jueces, *respecto de la no concesión de ayudas o subsidios temporales* podrá practicarse, en el más de los casos, a partir de *exclusiones indebidas que afecten la igualdad, o ante regulaciones que*

*contravengan las directivas de la Constitución o los principios informadores de los tratados internacionales sobre derechos humanos. De todos modos, más allá del control que en la aplicación por el Poder Ejecutivo realice la magistratura judicial del otorgamiento concreto de los subsidios y ayudas habitacionales, queda por ver si la regulación infraconstitucional instituida por el decreto n° 960/08, y las respuestas que brinda, soportan las impugnaciones que ha articulado en la presente acción declarativa la Sra. Asesora General Tutelar al incitar a este estrado para que ejercite el control de constitucionalidad concentrado, que le asigna el art. 113, inc. 2° de la CCABA, esto es, si se concilian con la Carta Magna de los porteños y con la exigencia de *progresividad* que surge de los tratados internacionales sobre derechos humanos referidos al acceso a la vivienda.*

2.17. Por mi parte, ya he tenido ocasión de advertir que, en mi opinión, el desafío que para los jueces plantea el tema de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales —consagrados a nivel local en el título segundo: “Políticas Especiales” del libro primero de la CCABA— es, tal vez, una de las cuestiones más relevantes y delicadas de nuestro tiempo.

Es que la afirmación vertida hace ya más de un siglo y medio por Juan Bautista Alberdi, en cuanto a que *“no puede haber Gobierno gratis”* y que *“según esto, el Tesoro y el Gobierno son dos hechos correlativos que se suponen mutuamente”* (cfr. *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, tercera parte, capítulo III, parágrafo I, confrontar en cualquiera de sus ediciones, a partir de la primigenia de Imprenta y Librería Del Mercurio de Santos Tornero y Ca., Valparaíso, 1854), cobra aún mayor significación frente a los *derechos humanos de contenido social*, generalmente calificados en sus aspectos más visibles como *derechos prestacionales*, en los cuales se *activa la función ingresos–gastos públicos*, por lo cual los gerenciadorees del bien común deben administrar, con especial prudencia, recursos escasos y de incremento inelástico.

La tensión entre recursos financieros escasos y necesidades casi infinitas quedan confirmados por la Encuesta Anual de Hogares (EAH) realizada por la Dirección General de Estadística y Censos del Ministerio de Hacienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para el año 2008, la que denota que en nuestra jurisdicción un 4,5% de la población vive en villas y el 4,9% en inquilinatos, casas tomadas, hoteles y pensiones. Los hogares en villas tienen un promedio de ocupación de 5,3 personas, mientras que en el resto de las viviendas habitan en promedio 2,5 personas. La mayoría de las villas se concentran en la zona sur de la Ciudad, mientras que los inquilinatos, hoteles, pensiones y las casas

tomadas aparecen con mayor frecuencia en el este y centro del Distrito. Por otro lado, casi el 40 % de la población no es oriunda de esta jurisdicción política, siendo significativo el peso y la relevancia de la inmigración hacia la Ciudad de Buenos Aires sobre todo de jóvenes entre 20 y 30 años. El segmento de no nativos porteños es del 38,4 %, en contraposición con el 61,6% de nacidos en la Ciudad. El número más prominente de los no nativos lo componen la gente del interior del país 14,5%, seguida por los bonaerenses 12,7% y los nacidos en el exterior 11,2% de los cuales a los países limítrofes y a Perú corresponde el 7,2 % (cfr.http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/hacienda/sis_estadistico/eah_2008_demografia_y_educacion.pdfbuenosaires.gov.ar).

Vale también traer como regla básica de interpretación a la hora de encarar estas cuestiones aquella resaltada —no hace mucho tiempo— por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: *“(L)a función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho”* (in re: “Emilio García Méndez y Otra”, sentencia del 2 de diciembre de 2008, Fallos: 331:2691), que recoge las enseñanzas del jurista alemán Rudolph von Ihering en su obra: *El Espíritu del Derecho Romano*, tomo I, p. 65, Beilly-Balliére, Madrid, sin fecha.

2.18. El conflicto normativo que se presenta en esta acción declarativa de inconstitucionalidad remite al tema de la exigibilidad, justamente, de uno de los llamados “derechos sociales” y, entonces, las preguntas más obvias que pueden formularse como punto de partida son: ¿Hasta dónde está obligado a hacer el Estado a partir del reconocimiento constitucional del “derecho a una vivienda digna”? ¿Hasta dónde llega el deber de contribuir con las cargas públicas de los más acomodados para, en términos de solidaridad, satisfacer las afligentes urgencias de quienes viven en la marginación? ¿Cuál es el rol que le cabe desempeñar al Poder Judicial sobre el particular? ¿Quién define si un Estado ha realizado o no todo lo posible para proveer a sus habitantes al menos un nivel esencial que permita el goce de este derecho en la medida de los recursos disponibles? ¿A partir de qué parámetros se arriba a esa definición?

Las dificultades para abordar este tipo de interrogantes surgen desde el momento en que se comprende que para ello se debe intentar definir los deberes de las autoridades públicas a partir de *disposiciones constitucionales o legales* que, muchas veces, *los instituyen como objetivos de alcance progresivo y en términos generales o laxos*.

Como es lógico, tampoco debe pasarse por alto que, a tenor del *principio de relatividad*, todos los derechos de rango constitucional lo son con el alcance y extensión que les asignen “las leyes que reglamenten su

ejercicio” (art. 14 CN), más allá de que dicha legislación requiera *satisfacer la regla de la “razonabilidad”* (art. 28 CN).

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

En la Ciudad, como se dijo, según el art. 10 de la CCABA, “(r)igen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen ... Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos” (*in re: “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Panza, Ángel R. c/ GCBA s/ amparo’*”, expte. n° 4270/05, sentencia del 23 de mayo de 2006).

Cabe enfatizar nuevamente entonces que, a partir del sistema de frenos y contrapesos que propone el Estado de Derecho, *es en el ámbito legislativo* —por su origen representativo— *donde debe establecerse el modo de aplicar y distribuir los recursos públicos*.

Como se expresó anteriormente, el Poder Judicial no está llamado a llevar adelante tales cometidos. De no ser así, los poderes Legislativo y Ejecutivo verían afectada su actuación a la hora de diseñar y aplicar las políticas públicas, tareas que la Constitución pone a su exclusivo cargo. También corresponde dejar en claro que el respeto al principio cardinal de división de poderes impide, por regla, al Poder Judicial ingresar en la valoración de la oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas efectivamente adoptadas por el Gobierno en materia de vivienda y, mucho menos, en la evaluación de todo el abanico de políticas que de manera legítima se podrían instrumentar para satisfacer las prioritarias necesidades de la población en este aspecto, por cuanto la cláusula constitucional contempla la obligación progresiva de las autoridades públicas de dar satisfacción al derecho a la vivienda mediante radicaciones definitivas, acción diferente a la de otorgar subsidios temporarios y paliativos.

Sin embargo, cabe aclarar que considero que, en determinadas circunstancias, la acción de amparo judicial puede llegar a resultar una vía idónea para plantear la inconstitucionalidad de graves omisiones presupuestarias que impidan atender las urgentes demandas de los vecinos relacionadas con derechos humanos básicos, reconocidos y merecedores de tutela según la Constitución. Por lo demás, la accionante no ha formulado agravios respecto a una omisión presupuestaria en

concreto o comparativamente con la asignación de recursos a otros fines o funciones estatales como la salud, la educación, etc. La afirmación precedente se nutre en los conceptos basales establecidos hace más de un siglo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de control de constitucionalidad en el Estado de Derecho, cuando se destacó: “Que es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos” (*in re: “La Municipalidad de la Capital contra doña Isabel A. de Elortondo, sobre expropiación; por inconstitucionalidad de la ley de 31 de octubre de 1884”*, sentencia del 14 de abril de 1888, *Fallos*: 33:162).

Ello no importa sustituir por los jueces la función de gobierno propia de los poderes políticos. Aunque en tales condiciones, es menester la más acabada prudencia al *ponderar la función gasto-ingreso público*, tomando en cuenta el *impacto presupuestario de los “derechos de prestación”* y, *en particular, el de habitar una vivienda digna*, por lo cual toda decisión que se adopte en tal materia debe encontrarse respaldada por fundamentos evidentes, al tiempo de precisar en términos concretos el alcance de la condena. No basta por tanto limitarse a señalar la falta de política legislativa sobre una determinada materia, ya que incumbe al justiciable, y más aún a los magistrados, señalar el palmario vicio constitucional en el caso concreto y la forma de corregirlo en la causa — cf. mi voto *in re: “Toloza, Estela Carmen c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”*, expte. n° 4568/06, sentencia del 9 de agosto de 2006—.

2.19. Por otro lado, si bien *el derecho a la vivienda no se puede identificar* de manera lineal *con el derecho de propiedad*, entiendo que, de todos modos, debe partirse de una visión acerca de su reconocimiento en el art. 31 de la CCABA que desde mi punto de vista remite a algo más que a la necesidad de vivir bajo un techo.

Como explicación sucinta de lo expuesto, me permito simplemente hacer propias las palabras de **S.S. Juan Pablo II** contenidas en la carta que, con fecha 8 de diciembre de 1987, remitiera al Presidente de la Pontificia Comisión *Iustitia et Pax* —con ocasión del Año Internacional de la Vivienda para las Personas sin Hogar establecido por

las Naciones Unidas en el año 1987—: “Porque en una realidad donde emergen nuevas formas de pobreza, aquellos que no tienen casa constituyen una categoría de pobres todavía más pobres, que nosotros debemos ayudar, convencidos como lo estamos, de que una casa es mucho más que un simple techo, y que allí donde el hombre realiza y vive su propia vida, construye también, de alguna manera, su identidad más profunda y sus relaciones con los otros”.

Es así que el derecho a la vivienda en el contexto normativo que también propone el *Estado Social de Derecho* se vincula de manera estrecha con el goce de otros derechos fundamentales (alimentación, salud, vestido, educación, trabajo, protección integral de la familia, etc.), cuyo ejercicio, en definitiva, define si una persona se encuentra en condiciones de optar libremente por un propio plan de vida a partir del respeto del principio de autonomía personal.

Sería imposible abordar en esta ocasión todos los aspectos que hacen a la evolución del concepto y contenido del *derecho de propiedad*, ya que, como afirma Pedro Sagüés, “*en torno a ellos gira la gran disputa ideológica de los siglos XIX y XX*” (cfr. *Elementos de Derecho Constitucional*, tomo 2, ps. 593 y ss., Astrea, Buenos Aires, 1999).

De todos modos, creo atinado recordar en este sentido —tal como lo hiciera en un trabajo del que soy autor titulado: “El deber de contribuir como presupuesto para la existencia misma del Estado (Notas preliminares en torno de la justicia tributaria)” [cfr. obra colectiva en Homenaje al 50 Aniversario del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, coordinada por César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez: *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*, tomo I, ps. 227 y ss., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008]— las reflexiones del jurista argentino, prematuramente fallecido, Carlos Santiago Nino, quien, en una Comunicación a unas Jornadas Tributarias, se refirió a los puntos de contacto y a las tensiones entre el derecho de propiedad y las contribuciones impositivas⁴.

Para Nino, varias son las teorías desarrolladas para dar fundamento al derecho de propiedad. Pasó, así, revista de ellas e hizo mérito a la de la primera ocupación, a la de la adquisición a través del trabajo, a la utilitarista, a la de la autorrealización y a aquella que asocia la propiedad con la libertad política. Sostuvo, seguidamente, que la propiedad privada es moralmente justificable bajo ciertas condiciones. Ella puede traducirse en una mayor eficiencia económica y maximización de la

⁴ NINO, Carlos Santiago: “La justificación ética de la contribución impositiva”, papeles de trabajo de la Comisión nº 3, a cargo del tema: “Ética y Tributación”, de las XX Jornadas Tributarias, organizadas por el Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de la Capital Federal y que se celebraran en la Ciudad de Mar del Plata en 1990. El ensayo puede consultarse en la Biblioteca de la entidad profesional referida.

producción, sin perjuicio de lo cual puso el énfasis en la relación intrínseca que hay entre el desarrollo de la autonomía de las personas y la necesidad de controlar individualmente ciertos recursos económicos, principalmente los bienes de uso personal, ya que sin tal control sería imposible la elección y materialización de planes de vida en términos de libre albedrío, por cuanto la capacidad de elegir no depende solamente de condiciones psicológicas y físicas sino, también, de la disponibilidad de recursos materiales que permitan ejercitar las preferencias de los individuos en el mundo exterior. Es que los recursos económicos son necesarios para desarrollar la actividad intelectual en la que consiste la elección de planes de vida y, más aún, para concretarlos. Agregó el autor que la privación del acceso a esos recursos difiere sólo en matices de la acción de impedir el desarrollo de las condiciones mentales y físicas de un individuo. En las circunstancias expuestas, se advierte que es menester reconocer un *derecho general a la propiedad* dado que la autonomía de los individuos debe ser distribuida entre todos ellos, con lo cual, como corolario, *toda persona tiene derecho a acceder efectivamente a la propiedad individual y no solamente a tener una oportunidad a tal acceso*, que sólo se concretaría en ciertas condiciones que el individuo no controla. Admitidas tales premisas, concluyó que: “Una democracia de propietarios —como suele llamarse a un sistema de propiedad equitativamente distribuida— requiere generalizar las condiciones de acceso a esa propiedad y la mejor forma de proveer tales condiciones de modo que sea compatible con la libertad individual es a través de un sistema de impuestos progresivos”. Ello así, en tanto corregir las desviaciones desigualitarias que produce el mercado puede alcanzarse, incluso, mediante el procedimiento redistributivo menos perturbador, tal como lo es un sistema impositivo que grave las manifestaciones más conspicuas de la capacidad económica como son las ganancias, los patrimonios o a las transmisiones sucesorias, con lo cual se favorecerá la difusión y se desalentará la concentración de la riqueza (cfr. ob. cit. en nota 4).

Luego, en el trabajo de mi autoría, ya citado, sostuve: “Coincidimos con las ideas vertidas por el destacado jurista por cuanto, en nuestro concepto, la propiedad privada, más allá de que pueda tener diversidad de origen, responde a un requerimiento de la naturaleza humana, esto es, tiende a procurar seguridad y libertad al propietario y a facilitar la multiplicación de los bienes materiales de la sociedad, sin perjuicio de que su uso debe cumplir una función social y el Estado, además de respetarla y hacerla respetar, debe tender a su difusión facilitando su acceso al mayor número de habitantes, a lo cual coadyuva, sin duda alguna, un sistema impositivo y un gasto público que permitan extender hacia todas las clases sociales el ejercicio de este derecho (...). // A tal orientación ha

adscripto la Reforma Constitucional de 1994 al caracterizar el derecho de propiedad y su uso y disposición —regulado por el art. 14 de la Ley Suprema en favor de todos los habitantes de la Nación conforme las leyes que reglamenten su ejercicio⁵— y luego al resguardarlo con una verdadera ciudadela defensiva, resultante de los minuciosos enunciados desarrollados en el art. 17 que lo declara inviolable, en tanto debe concebirse en sintonía con la atribución del Congreso —prevista en el art. 75, inc. 23—, que asigna a dicho Poder del Estado el cometido de legislar y promover acciones positivas orientadas a elevar a los sectores más postergados de la población posibilitando el ejercicio pleno de sus derechos (dentro de los cuales se encuentra, a no dudarlo, el derecho natural de todos a acceder a la propiedad), regulación que, sistémicamente con otras, apunta a la consolidación de un *Estado Social de Derecho*” (cfr. “El deber de contribuir como presupuesto para la existencia misma del Estado”, ob. cit.).

El subsistema de nuestra Carta Magna federal, según la Reforma de 1994, se conjuga con diversos incisos de su art. 75. Así, cobra relevancia que en el inc. 2, tercer párrafo *in fine*, se establezca *respecto a la distribución de la coparticipación tributaria* que la misma “se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas —se refiere a la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires— contemplando criterios objetivos de reparto; *será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional*” (estándares a los que no es indiferente la difusión de la propiedad). A su vez, por el inc. 8, se determina que “*el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración Nacional* (se fijará anualmente), *conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2 de este artículo*” —ya transcrito—, “... en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas...”. Por su parte, el inc. 19, conocido como *Cláusula del Progreso con Justicia Social*, introduce el primer párrafo remarcando como competencia legislativa: “*Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social*”(donde no puede estar ausente una equitativa distribución de los bienes) ..., para añadir en el segundo: “*Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones*. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen”. Finalmente, por el inc. 23 se determina que corresponde al Congreso: “*Legislar y promover*

⁵ Derechos que no pueden ser desconocidos en su sustancia so pretexto de reglamentación, por cuanto por el art. 28 de nuestra Carta Magna se deja establecido que: *Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio.*

medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad". Se trata, en este último aspecto de la adopción de *medidas de acción positiva (affirmative actions)*, también denominadas de "discriminación inversa o benigna" (*reverse or bening discrimination*), las que han sido materia de amplio tratamiento en la doctrina comparada, utilizándose en los más diversos ámbitos —vg. representación política con mínimos tasados a favor de la mujer para la integración de los órganos colegiados— excediendo su utilización, en mucho, el campo de la función ingresos-gastos públicos. fiscal.

Tal línea de pensamiento se encuentra plenamente abastecida por los principios informadores de la *Doctrina Social de la Iglesia*, pudiendo consultarse en particular la encíclica *Mater et Magistra*, dada por S.S. Juan XXIII en Roma el 15 de mayo de 1961. En ella puede leerse: "113. No basta ... afirmar que el hombre tiene un derecho natural a la propiedad privada, de los bienes, incluidos los de producción, si, al mismo tiempo, no se procura, con toda energía, que se extienda a todas las clases sociales el ejercicio de este derecho...// 115. Hoy, más que nunca, hay que defender la necesidad de difundir la propiedad privada... realizar una política económica y social, que facilite y amplíe lo más posible el acceso a la propiedad privada de los siguientes bienes: bienes de consumo duradero; *vivienda*; pequeña propiedad agraria; utillaje necesario para la empresa artesana y para la empresa agrícola familiar; acciones de empresas grandes o medianas; todo lo cual se está ya practicando con pleno éxito en algunas naciones, económicamente desarrolladas y socialmente avanzadas.// 119. ... En realidad, dentro del plan de Dios Creador, todos los bienes de la tierra están destinados, en primer lugar, al decoroso sustento de todos los hombres". En consonancia con lo precedentemente destacado, S.S. Juan Pablo II, en la Encíclica *Centesimus Annus*, dada en Roma el 1º de mayo de 1991, capítulo IV: "La propiedad privada y el destino universal de los bienes", pto. 30, repasó las conclusiones del *Concilio Vaticano II*, recogiendo textualmente sus palabras: "“El hombre, usando estos bienes, no debe considerar las cosas exteriores que legítimamente posee como exclusivamente suyas, sino también como comunes, en el sentido de que no le aprovechen a él solamente, sino también a los demás’. Y un poco más adelante: ‘La propiedad privada o un cierto dominio sobre los bienes externos aseguran a cada cual una zona absolutamente necesaria de autonomía personal y familiar y deben ser considerados como una ampliación de la libertad humana ... La propiedad privada, por su misma naturaleza, tiene también

una índole social, cuyo fundamento reside en el destino común de los bienes' (Const. Past. *Gadium et Spes*, sobre la Iglesia en el mundo actual, ptos. 69, 71)". Seguidamente, en el pto. 31, consigna: "El origen primigenio de todo lo que es un bien es el acto mismo de Dios, que ha creado al mundo y al hombre y que ha dado a éste la tierra para que la domine con su trabajo y goce de sus frutos (Cf. Gén. 1, 28-29). Dios ha dado la tierra a todo el género humano para que ella sustente a todos sus habitantes, sin excluir a nadie ni privilegiar a ninguno. He ahí, pues, la raíz primera del destino universal de los bienes de la tierra. Esta, por su misma fecundidad y capacidad de satisfacer las necesidades del hombre, es el primer don de Dios para el sustento de la vida humana. Ahora bien: la tierra no da sus frutos sin una peculiar respuesta del hombre al don de Dios, es decir, sin el trabajo. Es mediante el trabajo como el hombre, usando su inteligencia y su libertad, logra dominarla y hace de ella su digna morada. De este modo se apropia una parte de la tierra, la que ha conquistado con su trabajo; he ahí el origen de la propiedad individual. Obviamente le incumbe también la responsabilidad de no impedir que otros hombres obtengan su parte del don de Dios; es más, debe cooperar con ellos para dominar juntos toda la tierra" (cfr. ONCE GRANDES MENSAJES, 15ª edición, Encíclica *Mater et Magistra*, segunda parte: "Puntualización y desarrollo de las enseñanzas sociales de los Pontífices anteriores", parágrafo: "La difusión de la propiedad privada es necesaria", puntos 113 y 115 y parágrafo: "Propiedad pública", punto 119, ps. 160 y ss., y Encíclica *Centesimus Annus*, capítulo IV: "La propiedad privada y el destino universal de los bienes", ps. 782 y 783, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993).

En sintonía con la orientación de los postulados que he venido desarrollando, corresponde remarcar lo consagrado por la *Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre*, aprobada en Bogotá en 1948 y elevada a rango constitucional por la Reforma de 1994, en donde el derecho de propiedad alcanza la dimensión de *derecho a la propiedad privada*. En tal sentido, en el capítulo I: "Derechos", se predica: art. XXIII – *Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar*.

A modo de cierre, también en el trabajo de mi autoría y que ya he citado, recordé que la situación de desamparo y vulnerabilidad del hombre sin propiedad, se encontraba magníficamente descrita en un párrafo de George Bernard Shaw, en el cual puntualizara: "Cuando el área ocupada ha llegado al último límite y sólo queda una franja de arena entre los surcos y las olas, cuando hasta la tierra cubierta a veces por las olas es cultivada por los pescadores, el monte y el pasto ascienden hasta la alta línea de las nieves perpetuas; en un palabra, cuando toda la tierra

utilizada es ya de propiedad particular, aparece un hombre que ambula desde la cumbre a los llanos sin encontrar un sitio libre en que sentar el pie. Ese hombre, mientras va por los caminos es un vagabundo; fuera de ellos, un intruso, y en la economía nacional es un proletario. Ese hombre está condenado a pena capital si no se vende a si mismo”⁶. Agregué entonces que, en su desesperación, ese hombre, en muchos casos, efectivamente se terminó vendiendo ante las quimeras que ofrecieron ideologías totalitarias fracasadas durante el siglo XX, como el comunismo y el fascismo, o ante el espejismo de bonanza que subyacía en un culto pagano al mercado, en paralelo a un modelo de Estado abstencionista y desertor, que solamente sirvió para hacer más pobres a los pobres y más ricos a los ricos y en el cual nunca se produjo el preanunciado derrame de la riqueza generada por el crecimiento económico, a favor de los menos favorecidos” (cfr. “El deber de contribuir como presupuesto para la existencia misma del Estado”, ob. cit.).

En este sentido, y dicho todo ello *obiter dicta*, en razón de ser los poderes políticos a quienes corresponde la elección de las fuentes que generen el *máximo de los recursos disponibles para atender el derecho a una vivienda digna*, y no a los integrantes de un tribunal judicial, quizás, como lo proponen algunos autores desde el campo de la doctrina, podrá desde ese ámbito explorarse diversas vías para lograr un adecuado financiamiento de los derechos de prestación a cargo del Estado, que abarcan también la atención de otros muchos derechos, como los relativos a la alimentación, la salud o la educación, sobre la base *del deber de solidaridad*, de quienes más tenemos a favor de aquellos que integran los sectores más vulnerables de la sociedad. Así, en tal orden de ideas se han sugerido, entre otras medidas: i) reinstaurar el Impuesto Sucesorio, a la Herencia o a la Transmisión Gratuita de Bienes, recurso habilitado a los Estados subnacionales por la actual Ley de Coparticipación n° 23.548, mediante la previsión contenida en su art. 9º, inc. b), que dispensa de la incompatibilidad por analogía con los impuestos nacionales sujetos a distribución al apuntado tributo, siguiendo el camino inaugurado por la Provincia de Buenos Aires a partir del 1º de enero de 2010, tal cual lo he propiciado desde antiguo (cfr. “La reimplantación del Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes; en *Lecciones y Ensayos*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, n° 64/65, ps. 197 a 253, Abeledo Perrot, 1996); ii) el establecimiento de un impuesto adicional de la contribución territorial —o más propiamente impuesto inmobiliario— aplicable a los

⁶ SHAW, George Bernard: *The basis of socialism: Economic*, en obra colectiva: *Essays in fabian socialism*, edición del autor, Londres, 1889. También puede consultarse la edición en español de *Ensayos Fabianos. Escritos sobre el socialismo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, Madrid, 1985.

inmuebles destinados a casa-habitación y que se encuentren desocupados, incentivando, de tal modo, la oferta locativa y la correlativa reducción de los alquileres; iii) la adecuación de las valuaciones fiscales de los inmuebles, a través de un método justo, transparente y uniforme, que apunte al valor de mercado y que recepte la efectiva capacidad contributiva de los obligados al pago, evitando que se peque por exceso pero, fundamentalmente, que se lo haga por defecto —como ocurre de modo corriente en nuestra jurisdicción política—, lo que asegurará un sensible incremento de la recaudación tributaria; iv) la acentuación de la progresividad de la tarifa aplicable a la contribución territorial sobre viviendas para acentuar la carga sobre aquellas de lujo —calificables como tales por los materiales utilizados, las instalaciones complementarias, los servicios que brindan o la significación de sus superficies—; v) la reformulación del beneficio previsto en el Impuesto de Sellos respecto de las transferencias de dominio y los contratos de compraventa que tengan por objeto una vivienda única, familiar y de ocupación permanente y que constituyan la única propiedad en cabeza de cada uno de los adquirentes, transformándolo de mínimo no imponible a mínimo exento, para que, de superarse la cota, deba afrontarse el gravamen sobre el total de la base imponible; etc.

Las ideas que a modo de sugerencia se volcaron en el párrafo precedente, bien pueden aspirar a concretar un sistema tributario más equitativo, inspirado en criterios de progresividad, en el cual la selección de los gravámenes, la determinación de las bases imponibles, las tarifas y los mecanismos liquidatorios, no atiendan a pautas exclusivamente técnicas o de eficienciaa recaudatoria, sino de equilibrada distribución de la carga entre el colectivo de contribuyentes, tal cual lo propusiera en su hora en Italia Luigi Vittorio Berliri en las páginas del libro: *El Impuesto Justo. Apuntes sobre un Sistema Jurídico de la Contribución Pública. Esbozo de una Reforma Orgánica de la Hacienda Ordinaria* (cfr. la traducción al español de la reimpresión inalterada, en 1975, de la primera edición de 1945, editada por el Instituto de Estudios Fiscales, en Madrid, en 1986), en términos de refutación a las afirmaciones vertidas por Luigi Einaudi, en su obra: *Mitos y Paradojas de la Justicia Tributaria*, (cfr. traducción al español a partir de la 3ª edición italiana, Ariel, Barcelona, 1963), por cuanto no podemos rehuir del compromiso, sentado en la Constitución Nacional de 1853, cuando, en su art. 4º, al enunciarse los recursos que integran el Tesoro Nacional con los que se provee a los gastos de la Nación, reclama de las *contribuciones*—entendiéndose por

tales, en el lenguaje constitucional, a los tributos— que éstas sean *equitativas*⁷.

Con los enunciados antecedentes, están descriptos algunos de los cometidos que, indudablemente, podrá abordar la *Comisión para la Reforma Tributaria de la Ciudad de Buenos Aires*, creada con la sanción de la ley nº 3.400, de diciembre de 2009, a la cual se ha encomendado elaborar una propuesta para los nuevos Códigos Tributario y Fiscal, la que, a tenor de su art. 4º, atenderá tareas como la actualización de la información catastral de la Agencia Gubernamental de Ingresos Públicos, el criterio de valuación global de los inmuebles ponderando el precio de mercado, las actualizaciones anuales de tales valores, la asignación de partidas dentro del régimen de propiedad horizontal, el mecanismo recursivo de las nuevas valuaciones que se establezcan, etc.

⁷ Conforme el Profesor Titular Consulto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Arístides H. M. Corti, el Estado debería operar, al accionar la función ingresos-gastos públicos, como un moderno Robin Hood (personaje legendario —de cuya existencia algunos dudan— que se sitúa en Inglaterra a fines del siglo XIV y principios del XV, que robaba a gobernantes y eclesiásticos acomodados para entregar parte del botín a necesitados, menesterosos y oprimidos), recaudando tributos de los ricos en función de su aptitud económica y extendiendo su compromiso con el gasto social en favor de las personas indigentes o por debajo de la línea de pobreza. El apuntado catedrático, con un marcado sentido crítico, define a la acción gubernativa en la Argentina —consolidando todos los planos de gobierno, esto es: el nacional, provincial y municipal— como a la propia de un “Hood Robin”, que saca recursos de los pobres a través de la imposición genérica o específica a los consumos —nacional: Impuesto al Valor Agregado, Impuestos Internos, Impuesto a los Combustibles Líquidos derivados del Petróleo y Gas Natural Comprimido para Automotores, y local: Impuesto sobre los Ingresos Brutos y Tasa de Inspección, Seguridad e Higiene, en este último caso cuando no existe prestación del servicio o razonable equivalencia entre el total recaudado y los costes, también totales, de su prestación—, para instituir beneficios fiscales y desgravaciones, fundamentalmente en el Impuesto a las Ganancias, en favor de los ricos. En igual enfoque se ubica el pensador alemán Ferdinand Lassalle (1825-1864) para quien los impuestos indirectos, sirven a la clase poseedora para readquirir en la realidad, en la época del predominio del capital mobiliario, la exención tributaria que sólo *formalmente ha terminado y legalmente está abolida*, y esto se debe a la influencia que la burguesía ha ejercido en la legislación del Estado” (cfr. *Programa de los trabajadores —1863—*, citado por Francisco NITTI en *Principio de la Ciencia de las Finanzas*, obra traducida por Salvador Oría, p. 322, Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso, Buenos Aires, 1931), reviviendo, de tal modo, el estado de cosas imperante en el pasado durante la vigencia en *l'ancien régime*. Tal afirmación queda plenamente graficada en el cálculo de recursos del Presupuesto General de la Ciudad, sancionado por la ley nº 3.395 para el Ejercicio 2010, en el cual además de la primacía que ejercen los ingresos tributarios sobre el total de los recursos, el Impuesto sobre los Ingresos Brutos representa sobre el total de los gravámenes estimados de la jurisdicción el 67,5 %.

2.20. Muchas y variadas han sido las medidas que las autoridades del Estado han adoptado en nuestro país a través del tiempo para intentar conjurar los problemas habitacionales de la población. Ellas, según las épocas, han apuntado a la inversión de fondos públicos para encarar la construcción de viviendas (vgr. ley nº 9.677 del año 1915 que creó la *Comisión Nacional de Casas Baratas*) o bien a facilitar el acceso al crédito que posibilitara a los particulares adquirir la casa propia (vgr. decreto nº 14.961/46, aprobado por ley nº 12.962, que modificó la carta orgánica del *Banco Hipotecario Nacional*). A su vez, mediante la ley nº 19.929, del año 1972 se creó el *Fondo Nacional de la Vivienda* cuyos recursos estuvieron orientados a financiar total o parcialmente la construcción de viviendas individuales o colectivas, la adquisición de los terrenos correspondientes, las obras de urbanización, infraestructura, equipamiento social y otras complementarias, así como el redescuento de créditos hipotecarios concertados a dichos fines, en todos los casos de viviendas económicas de interés social. Posteriormente, y a través de distintas disposiciones, se crearon los institutos provinciales de la vivienda (ley nº 21.581), se fijaron las responsabilidades de los organismos ejecutores de cada jurisdicción provincial (ley nº 24.130), se articuló el Sistema Nacional de Viviendas y el control a través del Consejo Nacional de la Vivienda (ley nº 24.467) y se ratificó un acuerdo Nación-provincias sobre relación financiera y bases de un régimen de coparticipación federal de impuestos, celebrado entre el Estado Nacional, los estados provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 27 de febrero de 2002 (ley nº 25.570). También en determinado momento se ha llegado a establecer la *limitación transitoria del precio de las locaciones* (art. 1º, ley nº 11.157, cuya constitucionalidad fuera tratada por la CSJN en los conocidos precedentes: “*Don Agustín Ercolano contra doña Julieta Lantieri de Renshaw sobre consignación*”, sentencia del 28 de abril de 1922, *Fallos*: 136:161, y “*Don José Horta contra don Ernesto Harguindeguy, sobre consignación de alquileres*”, pronunciamiento del 21 de agosto del mismo año, *Fallos*: 137:47), o la prórroga de las mismas (p. ej.: ley nº 11.318 valorada por la Corte en la causa: “*Don Leonardo Mango contra Don Ernesto Traba, sobre desalojo*”, sentencia del 26 de agosto de 1925, *Fallos*: 144:219. También el Alto Tribunal ha debido expedirse acerca de la validez de disposiciones legales que, en el marco de una situación de emergencia, suspendían transitoriamente los juicios de desalojo y los lanzamientos (ley nº 14.442, examinada en el precedente “*Angel Russo y Otra v. E.C. de Delle Donne*”, sentencia del 15 de mayo de 1959, *Fallos*: 243:467).

El problema del déficit habitacional, como se ve, dista de ser novedoso en nuestro país, aunque el bloque normativo que establece las obligaciones del Estado —*lato sensu*— frente a él haya experimentado modificaciones (vgr. inclusión del art. 14 *bis* en la CN a partir del año

1957, norma que en realidad toma preceptos ya reconocidos a nivel constitucional por la Reforma del año 1949 y recepción de los diversos tratados internacionales sobre derechos humanos consignados en el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna a partir del año 1994).

A ello se suma en la actualidad el *Programa Federal de Emergencia Habitacional* orientado a solucionar la emergencia habitacional y laboral, organizando los beneficiarios de los planes Jefes y Jefas de Hogar en cooperativas de trabajo para la construcción de viviendas, tratando de solucionar, conjunta y simultáneamente, los problemas que suscita el déficit de vivienda y la situación de paro.

Por su parte, la Legislatura local, a través del dictado de la ley nº 1.408 (sancionada el 29 de julio de 2004), declaró en estado de *emergencia habitacional a la Ciudad de Buenos Aires* por un plazo de tres años, luego prorrogado por tres años más con la sanción de la ley nº 2.472 (del 18 de octubre de 2007). Mediante la citada ley nº 1.408 (art. 2º) y la respectiva modificación introducida por la ley nº 2.973 (sancionada el 4 de diciembre de 2008), se estableció que:

"A los efectos de la presente Ley, se entiende por emergencia habitacional a la situación en la que se encuentran los siguientes grupos familiares y/o personas residentes en la Ciudad de Buenos Aires:

"-Ocupantes de viviendas de infraestructura deficitaria con ingresos por debajo del nivel de pobreza.

"-Ocupantes de viviendas en situación de inhabilitabilidad.

"-Habitantes de núcleos habitacionales transitorios, asentamientos y villas de la ciudad que carezcan de un espacio vital suficiente, de acceso al agua potable y cualquier otro servicio básico.

"-Beneficiarios de los programas de emergencia habitacional del Ministerio de Desarrollo Social, incluyendo a quienes se encuentran alojados mediante subsidios en hoteles, pensiones y otros.

"-En situación de calle".

Asimismo, según la modificación de la ley nº 1.408 implementada por la referida ley nº 2.973, art. 2º, se dispuso que:

"Se constituye el Fondo para la Emergencia Habitacional, el que deberá asignarse exclusivamente a programas existentes o creados por Ley específica que tengan por objeto las soluciones habitacionales transitorias o definitivas para los grupos familiares y/o personas objeto de la presente Ley".

Por su parte, en el art. 5º de la ley nº 1.408 se estableció que:

"El Poder Ejecutivo tomará las previsiones pertinentes para garantizar la asignación de una partida presupuestaria al Fondo para la Emergencia Habitacional con un monto mínimo igual al previsto en el artículo cuarto, en la formulación del Presupuesto 2005 y los años subsiguientes mientras persista la Emergencia Habitacional que se establece por la presente Ley".

En el referido art. 4º de la ley nº 1.408, al que alude el citado art. 5º, se dispuso que:

"El Fondo para la Emergencia Habitacional estará integrado por hasta el 25% de las ampliaciones de crédito correspondientes al presupuesto en vigencia que se aprueben como resultado de los mayores ingresos del año 2004.

"El Fondo antes mencionado no podrá tener un monto de recursos inferior a \$50.000.000 durante el ejercicio 2004.

"Los montos acumulados en el Fondo deberán ser depositados en una cuenta específica en el Banco Ciudad de Buenos Aires".

2.21. En la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los últimos años, ante el silencio del Poder Legislativo en lo que se refiere a la elaboración y propuesta de ejecución de programas específicos, ha sido el Poder Ejecutivo —ejercitado por dirigentes de distinta extracción política— la rama del gobierno que ha dictado distintos reglamentos orientados a paliar los problemas que en materia de vivienda sufren los vecinos de la Ciudad mediante el otorgamiento de ayudas temporarias, teniendo en cuenta la obligación que surge del art. 31 de la CCABA (p. ej: decretos n^{os} 895/02, 1234/04, 97/05, 690/06 y 960/08). A su vez, para conjurar la situación de calle se han habilitado paradores nocturnos y hogares para personas con necesidades especiales. En los primeros, se comprende a hombres solos, mayores de edad y mujeres mayores de edad con o sin hijos menores que se encuentren en situación de calle, sin recursos, que requieren solución provisoria con carácter de emergencia, ofreciendo pernocte nocturno, cena, ducha, desayuno y asesoramiento profesional durante la estadía, flexibilizando las condiciones de admisión para la atención de una población vulnerable; en los segundos, se abarca a personas mayores con necesidades especiales y padre/madre, solas/os, con niñas/os con necesidades especiales, ofreciendo alojamiento en hogares de veinticuatro horas, realizando un trabajo de revinculación familiar y comunitaria de las personas beneficiarias mediante un equipo profesional capacitado en la temática. También, en el caso de hombres mayores hasta sesenta años y mujeres mayores de hasta sesenta años, solos o con hijos mayores de edad, se ofrece alojamiento, previa admisión, brindando techo y un ámbito de contención con albergue, comida, atención y tratamiento profesional, como un canal articulador orientado a la reinserción social de aquellos que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad socioeconómica.

Así entonces, en cuanto al mecanismo de subsidios, este es uno más de los previstos en el plexo normativo de la Ciudad asistencia y su implementación se traduce en una *solución provisoria*, en tanto no apunta a resolver *"progresivamente el déficit habitacional"* con *"criterios de radicación definitiva"*, tal como lo postula el art. 31 de la CCABA. Ello, de todos modos, no implica que la adopción por el Departamento Ejecutivo de este tipo de medidas a través de la vía reglamentaria pique por exceso y resulte de por sí inconstitucional, más allá de que distraiga recursos destinados a construir viviendas que se convertirían en respuestas definitivas al problema habitacional.

2.22. Sentado lo expuesto, conviene abordar la afirmación vertida por la Sra. Asesora, en cuanto a que una vez precisada una violación al estándar de no regresividad es el demandado quien debe probar que la medida dictada (en este caso el decreto n° 960/08) es razonable.

Según lo expuesto en los puntos precedentes, es cierto que si se logra demostrar de manera acabada que una medida estatal es regresiva, acreditando, por ejemplo, que el marco tuitivo de una nueva norma que se pone en vigencia constituye un retroceso con respecto al previsto con anterioridad para regir esa cuestión, a continuación, se trasladaría al Estado la carga de probar que, pese a ser regresiva, esa disposición se encuentra justificada por el ordenamiento valorado en su conjunto.

Pero también corresponde aclarar que la *presunción de legitimidad* de la que gozan todos los actos administrativos determina, de todos modos, que cualquier persona que pretenda demostrar su invalidez constitucional deba practicar ante los tribunales de justicia la pertinente actividad probatoria, de discusión y de pormenorizado escrutinio.

En este sentido, desde la doctrina se ha destacado que “(t)odos los actos de derecho público, de cualquier clase que fueren, llevan impresa la presunción de validez jurídica inmediata, sin necesidad de que lo establezca una norma expresa. Las leyes se consideran constitucionales, sin que una ley así lo asegure; las sentencias se consideran válidas después de la *res iudicata* sin que lo asegure ninguna norma procesal y los actos de la Administración se consideran legales por principio de juridicidad estatal, sin necesidad de que lo constituya una norma. (...) Este principio de presunción de legitimidad no expresa un valor absoluto. (...) La presunción de validez jurídica se considera *iuris tantum*, es decir, como supuesto de valor jurídico entendido y pasible de ser impugnado por los interesados” (cfr. FIORINI, Bartolomé A: *Derecho Administrativo*, tomo I, ps. 348 y 349, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995).

Con lo cual el primer objetivo que debe cumplirse en casos como el presente es el de enervar la presunción inicial de validez del acto estatal, mediante un desarrollo concreto y serio que permita acreditar que la regulación emanada del Estado que se discute, en este supuesto, puede calificarse como *regresiva*.

3. Las objeciones de la Sra. Asesora General Tutelar al contenido de los arts. 1º, 2º, 4º y 5º del decreto n° 960/08 por considerarlo violatorio del principio de progresividad.

3.1. La actora cuestiona el **art. 1º** del decreto n° 960/08 —que modificó el art. 3º del decreto n° 690/06— en tanto, a su entender, *excluye “como objetivo de la política pública (...) la orientación de las familias en situación de calle en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su*

problemática habitacional” e incorpora “la transitoriedad de las medidas en reemplazo de la política de solución de la problemática habitacional” (fs. 13 vuelta).

Señala la Sra. Asesora que “el primer aspecto en el que el decreto n° 960/08 resulta regresivo respecto del decreto n° 690/06 es en el cambio de los objetivos del programa” (fs. 11), dado que “mientras con anterioridad a la sanción del decreto n° 960/08 el Estado se ocupaba de brindar asesoramiento para que las familias solucionen su problema habitacional, con esta reforma limita su actuación al mero asistencialismo” (fs. 11 vuelta).

En respaldo de su postura, la accionante pone de resalto el criterio sustentado por este Tribunal Superior de Justicia en el precedente “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en : ‘B.M. y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA”, expte. n° 4757/06, sentencia del 25/04/2007. Se sostiene que al evaluarse en aquella oportunidad el alcance de la ayuda prevista por el decreto n° 690/06 se destacó que la obligación del GCBA prevista en la reglamentación no consistía solamente en el otorgamiento de un subsidio, sino que esa medida debía estar acompañada de otras acciones estatales orientadas a lograr alguna solución estable del problema habitacional que se presentaba en cada caso concreto, con la colaboración y compromiso de los propios interesados (cf. voto de los jueces Casás y Conde al que adhirió el juez Lozano en este punto).

3.1.a. Entiendo que la pretensión formulada no puede prosperar, en tanto no se ha logrado acreditar que la modificación del art. 3° del decreto n° 690/06 realizada mediante el decreto n° 960/08 (art. 1°), por sí sola —en abstracto—, proyecte los efectos regresivos señalados por la Sra. Asesora.

En primer lugar, estimo que para considerar que la política estatal en materia de vivienda desplegada por el GCBA ha incurrido en regresividad ante la omisión de una mención expresa en el decreto n° 960/08 orientada a lograr que el GCBA brinde asesoramiento a las personas que padecen problemas habitacionales para encontrar una solución estable a su situación, *no parece suficiente el simple ejercicio de confrontar la reglamentación contenida en los decretos n° 690/06 y su modificatorio, sino que debería haberse considerado también el conjunto de las restantes normas jurídicas vigentes que disciplinan la materia habitacional en esta jurisdicción local, ya que el programa de “Atención para Familias en Situación de Calle” se encuentra vinculado y se aplica en coordinación con otras políticas públicas que no han sido debidamente valoradas en el escrito de inicio —vgr. ley n° 1.251 que establece los programas y acciones a cargo del Instituto de Vivienda de la Ciudad*

Autónoma de Buenos Aires (IVC), órgano de aplicación de las políticas de vivienda del Gobierno de la Ciudad, según la ley mencionada—.

Como ello no ha ocurrido, no se ha demostrado que, a pesar de la omisión que se adjudica al decreto objetado, la Administración local no brinde en la actualidad un asesoramiento eficiente a las familias o personas con problemas habitacionales con la finalidad de orientarlas para intentar encontrar una solución estable, si ellas lo solicitan.

En otras palabras, la falta de mención expresa en el decreto n° 960/08 de aquella obligación que el anterior decreto había puesto en cabeza de la autoridad de aplicación del Programa “Atención para Familias en Situación de Calle”, tendiente a orientar en la búsqueda de estrategias de solución estable a todas las personas que perciban el subsidio de marras, no parece de por sí regresiva, por cuanto no se ha acreditado que esas mismas acciones estatales no se puedan o resulten dificultosas de realizar, de todos modos, ante la propia autoridad de aplicación —o ante otra repartición del GCBA competente en la materia— a instancias de los propios interesados o de quienes los representen.

En esta línea, además, se inscribe la resolución n° 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social, en tanto prevé entre las funciones del Equipo de Seguimiento y Evaluación de los beneficiarios del Programa “Atención para Familias en Situación de Calle” las de *“asesorar y orientar, cuando fuera solicitado por el beneficiario, sobre alternativas habitacionales a fin de superar la emergencia”* y *“realizar derivaciones a otros programas”* —art. 3º, incs. b) y d)—. Al respecto la accionante ha manifestado genéricamente en la audiencia celebrada que una resolución ministerial no podría regular ciertos detalles del régimen en cuestión con observancia de las normas superiores que disciplinan la materia, mas no ha brindado argumentos concretos que permitan concluir por qué, en este caso, ello sería ilegítimo a tenor del conjunto de competencias expresas y razonablemente implícitas que tiene a su cargo ejercer el Ministerio de Desarrollo Social con relación al programa (cf. art. 16, decreto n° 690/06). En este punto corresponde recordar nuevamente que rige la presunción de legitimidad de los actos y reglamentos que emite la Administración y que la interesada con su sintético planteo no ha logrado ponerla en tela de juicio.

3.1.b. Este criterio no se contrapone con aquél adoptado por el suscripto en el precedente “*B.M.*” ya citado, en tanto el avance del que se daba cuenta al valorar el decreto n° 690/06 estaba dado porque, con anterioridad a su vigencia, *la propuesta* de una salida estable a la problemática habitacional de las familias que requerían una extensión del subsidio acordado se encontraba *exclusivamente a cargo de los propios*

beneficiarios, quienes por sus propios medios debían presentarla ante la autoridad de aplicación (cf. decreto nº 895/02).

El compromiso de la autoridad de aplicación del Programa de "Atención para Familias en Situación de Calle" en la actualidad no se limita a la entrega de un subsidio como parece entender la Sra. Asesora en su presentación, sino que las normas vigentes contemplan o, mejor dicho, mantienen la posibilidad de desplegar las acciones específicas de asesoramiento y orientación para superar las situaciones puntuales de emergencia habitacional a requerimiento de los interesados en cada caso concreto.

Nótese que ya el Tribunal en el precedente citado, al examinar el alcance de las disposiciones incluidas en el decreto nº 690/06, había resaltado no sólo la obligación de asesoramiento que le toca a Administración en este tipo situaciones, sino también el rol determinante que poseen los propios interesados en recibir esa orientación, ya que sin su compromiso y colaboración cualquier despliegue estatal resultaría estéril. También se sostuvo en aquel precedente que la percepción del subsidio en cada caso concreto debía continuar si el beneficiario reunía todos los recaudos exigidos por el ordenamiento para ello y hasta tanto el Estado cumpliera con sus obligaciones de asesoramiento y orientación mediante la formulación de propuestas acordes a cada circunstancia, escenario que, en mi concepto, no ha variado en sustancia con la modificación reglamentaria resistida.

En suma, el GCBA, en la actualidad, ante el requerimiento expreso de un sujeto que se encuentre dentro del grupo de personas contempladas para el otorgamiento del subsidio —al haberse constatado con carácter previo que su inclusión en ese universo es respetuosa de las reglas que se desprenden del diseño plasmado en la Constitución para poder recibir la ayuda (respeto de las prioridades establecidas por el constituyente y del derecho a la igualdad)—, tiene la obligación de asesorarlo y orientarlo para intentar encontrar una solución estable a su problema habitacional, y en tanto no satisfaga de manera razonable tal reclamo en cada caso concreto no pueden considerarse cumplidos a su respecto los términos del decreto nº 960/08 y su reglamentación.

Por lo demás, *la transitoriedad* es una nota esencial de todo el régimen instituido por los sucesivos decretos que regulan los subsidios, en consonancia con la norma constitucional que apunta al objetivo de la radicación definitiva.

Cabe aclarar, a todo evento, que el deber de asesorar y orientar que existe en cabeza de la Administración efectuado de manera razonable —acorde con las circunstancias relevantes de cada caso— no se traduce en una obligación de resultado.

En conclusión, de la modificación reglamentaria objetada en este punto por la Sra. Asesora no se desprende —en abstracto— un menoscabo a la regla de *prohibición de regresividad* en materia de protección del derecho a la vivienda.

3.2. La Sra. Asesora objeta el **art. 2º** del citado decreto nº 960/08 —que sustituyó el art. 4 del decreto nº 690/06— en cuanto “*reduce la población destinataria a las personas o familia en situación de calle*” y *excluye* “como beneficiarios del programa a *quienes* por cualquier causal se hallaren en riesgo de ser desalojados o ante la inminencia de encontrarse en situación de calle” (fs. 14).

3.2.a. En este aspecto, entiendo que asiste razón a la accionante, toda vez que la decisión contenida en el decreto nº 960/08 se traduce en un retroceso a la luz del decreto nº 690/06 y de los preceptos constitucionales que reconocen el derecho a la vivienda adecuada, en tanto, a partir de ella, se ve desdibujado el alcance de la eminente *finalidad preventiva* que antes poseía el régimen bajo estudio, sin que el GCBA haya brindado —a su turno— una justificación plausible para respaldar esta modificación.

3.2.b. Ello, claro está, no quiere decir que el Estado, como se dijo anteriormente en este voto, ante la valoración de un caso concreto, no pueda contemplar ciertas prioridades para disponer el otorgamiento del subsidio de marras según pautas que surgen de la propia Constitución local, esto es, con arreglo a las preferencias de aquellas personas que se encuentren en peor situación.

Empero, a partir de la modificación reglamentaria impugnada, se desnaturaliza —en abstracto— aquella elemental finalidad del decreto nº 690/06, norma que no sólo pretendía revertir la efectiva situación de calle de aquellos solicitantes que reunieran las condiciones previstas para percibir el subsidio, sino también, con igual énfasis, intentaba impedirla. Tal circunstancia no se ve mitigada por la existencia de otras vías preventivas más generales receptadas en el ordenamiento, ni por los términos de la reglamentación del decreto nº 960/08 (art. 4º, Anexo), norma que contempla para estos casos de riesgo o inminencia la posibilidad para el peticionante de iniciar ante la Autoridad de Aplicación un trámite administrativo de “*preaceptación*” de ingreso al Programa para que, una vez *efectivizada* la situación de calle, se disponga su incorporación al mismo.

En conclusión, la pretensión formulada debe prosperar, en tanto se ha logrado acreditar que la modificación del art. 4º del decreto nº 690/06

realizada mediante el decreto n° 960/08 (art. 2°) proyecta efectos regresivos sobre los potenciales beneficiarios del subsidio.

3.3. También se impugna el **art. 4°** del decreto n° 960/08 —que sustituyó al art. 10° del decreto n° 690/06— en tanto establece que la asignación monetaria *“tendrá como único destino cubrir gastos de alojamiento”* y sólo de manera excepcional podrá ser destinado *“a la obtención de una solución definitiva para la problemática habitacional de la familia”*, lo que se considera una restricción al destino del subsidio que otorgaba la redacción anterior, en orden a su utilización tanto para cubrir gastos de alojamiento o enderezada a la obtención de una solución habitacional definitiva (fs. 17).

3.3.a. En este aspecto *entiendo que la decisión contenida en el decreto n° 960/08, al establecerse sólo de manera excepcional el otorgamiento de la ayuda para la concreción de una solución definitiva al problema habitacional de los beneficiarios del programa, se traduce en un retroceso a la luz del decreto n° 690/06 y del art. 31 de la CCABA, disposición que claramente prevé como objetivo de las políticas públicas un abordaje del problema con criterios orientados a la radicación definitiva, según lo ha expresado este Tribunal en diversos precedentes (cf. causa “B.M.”, ya citada).*

En efecto, el decreto modificatorio n° 960/08 restringe la ayuda prevista con anterioridad en el Programa de “Atención para Familias en Situación de Calle”, pues en el marco del decreto n° 690/06 se permitía a los beneficiarios destinar los fondos a gastos de alojamiento y de la misma manera a *“cubrir toda índole de gastos emergentes, en los casos en que a los beneficiarios del presente programa se les otorgue un crédito hipotecario del Instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o requieran del mismo para la obtención de una solución habitacional definitiva”* (art. 10, decreto n° 690/06).

Si bien el subsidio previsto por este programa, antes y ahora, ha sido contemplado como una herramienta *transitoria* de fortalecimiento familiar *con fines exclusivamente habitacionales*, de ello no puede concluirse válidamente que este tipo de ayuda no pueda ser utilizada para intentar llegar a una *solución estable del problema* o que esta clase de implementación pueda verse limitada, desfavorecida o dificultada sin justificación fundada y razonable.

En síntesis, la limitación del destino del beneficio implementada por el decreto n° 960/08, de acuerdo con el estándar constitucional del art. 31 —ya citado—, no se encuentra debidamente justificada por el GCBA y por ello debe hacerse lugar a la pretensión de la accionante en este punto. En estas condiciones, corresponde *declarar la invalidez y pérdida de vigencia*

de la modificación introducida al art. 10 del decreto n° 690/06 por el art. 4° del decreto n° 960/08, en cuanto establece que “El subsidio que se otorgue tendrá como único destino cubrir los gastos de alojamiento. Excepcionalmente, el mismo podrá estar destinado a la obtención de una solución definitiva para la problemática habitacional de la familia, quedando facultada la Autoridad de Aplicación, previo dictamen favorable del área técnica que se establezca vía reglamentaria, a disponer la entrega del beneficio en un pago único a tal efecto”.

3.4. Finalmente, se controvierte el **art. 5°** del decreto n° 960/08 —que sustituyó el *art. 11 del decreto n° 690/06*—, en la medida que *ahora requiere como requisito de admisibilidad ser residente de la Ciudad con una antigüedad mínima de dos (2) años*, cuando la anterior exigencia en este punto era de un (1) año.

3.4.a. De nuevo debe tenerse en cuenta el efecto producido en el plano de la realidad por la modificación reglamentaria objetada, a la luz del sistema de prioridades que surge de la Constitución al reconocer el derecho a la vivienda digna en el art. 31, teniendo presente además el derecho a la igualdad y que, en esta oportunidad, el escrutinio del decreto n° 960/08 debe hacerse en abstracto, a partir de la vía procesal elegida por la accionante (art. 113, inc. 2°, CCBA).

Como se expresó en el punto 3.1.a. de este voto, para considerar que la política estatal en materia de vivienda desplegada por el GCBA ha incurrido en regresividad a partir de la modificación introducida por el decreto n° 960/08 que —para lo que ahora importa— establece como condición para la obtención del subsidio la de *“ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de dos (2) años”*, no parece suficiente el simple ejercicio de confrontar la reglamentación contenida en los decretos n° 690/06 y su modificatorio, sino que debería haberse considerado también el conjunto de las restantes normas jurídicas vigentes que disciplinan la materia en esta jurisdicción local, ya que el programa de “Atención para Familias en Situación de Calle” se encuentra vinculado y se aplica en coordinación con otras políticas públicas que no han sido debidamente valoradas en el escrito de inicio.

Tampoco se ha considerado debidamente en la demanda que la reglamentación del decreto n° 960/08 (art. 11, punto b.4. del Anexo) precisa que *“las familias o personas solas que hayan obtenido la cuota de emergencia, cumplan con los demás requisitos exigidos, y acrediten una residencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de un (1) año o mayor, serán evaluadas... a fin de determinar su inclusión definitiva al Programa. No obstante ello, tendrán preferencia de ingreso las que en*

similares condiciones acrediten una residencia de dos (2) o más años en la ciudad”.

Así entonces, entiendo que no se ha logrado demostrar que la modificación reglamentaria objeto de tacha en este punto, en abstracto, sea susceptible de producir —por sí misma— los efectos regresivos invocados.

En todo caso, será a través de la vía del control difuso donde, eventualmente, se podrá controlar si el GCBA en algún caso concreto no ha observado las prioridades establecidas sobre el particular en la Constitución —que, como se dijo reiteradamente en este voto, siempre apuntan a dar preferencia a aquellas personas que se encuentren en peor situación—.

Es que, como lo sostiene el GCBA en la contestación de la acción: “El decreto n° 960/08 y su reglamentación mediante los requisitos de accesibilidad al programa, garantizan la igualdad ante la ley y no dejan excluido ‘automáticamente’ a nadie que se encuentre asistido por el decreto n° 690/06, como hipotéticamente ejemplifica la Sra. Asesora en este punto, o que se encuentre en situación de calle”.

Por lo demás, cabe añadir: por un lado, que *la regresividad* en la modificación de un derecho prestacional atendido por el Estado, debe ser comprobada a través de una apreciación del régimen *desde una perspectiva sistémica y de conjunto*; y, de otro, que no se muestra irrazonable que, ante un problema de crisis habitacional que aqueja a todas las jurisdicciones políticas de la República Argentina, así como a los países limítrofes, y la correlativa insuficiencia de los recursos financieros públicos para resolverla o paliarla por la vía aquí elegida, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en identidad de condiciones objetivas escrutadas de acuerdo a las prioridades expresamente previstas en el propio texto constitucional, haga mérito de aplicar sus insuficientes disponibilidades económicas, orientándolas hacia a aquellos vecinos que acrediten vínculos de integración y pertenencia territorial más prolongados con la Ciudad, lo cual certifica una mayor voluntad y compromiso de permanencia. Todo esto cobra particular valor ante la constatación de que el acrecentamiento de la situación de precariedad habitacional, en la última década, no se encuentra decisivamente explicada por el hecho de que vecinos de Buenos Aires hayan retrogradado su condición de propietarios o inquilinos de viviendas dignas a una situación de desamparo, sino, fundamentalmente, a un fenómeno migratorio externo de población antes radicada en otras jurisdicciones, donde posiblemente no encontró respuesta, no sólo a sus demandas habitacionales, sino a la búsqueda de una ocupación que les garantizara su sustento y los medios económicos para resolver el acceso a una vivienda digna.

No es casual, en otro orden, que puede servir como referencia comparativa, que el sistema de salud que se atiende a través de los más de treinta hospitales públicos, antes nacionales y ahora localizados en la órbita competencial de servicios y presupuestariamente a cargo de la Ciudad, se encuentre hoy totalmente colapsado, no ya por la atención de vecinos porteños enfermos, o de pacientes provenientes de distintas provincias hermanas —respecto de quienes es menester asumir un comportamiento de solidaridad federal, en cuanto los constituyentes de 1853 se propusieron hacer una sola Nación, en un solo territorio, para un solo pueblo—, sino, incluso, de extranjeros no residentes en la Argentina que viajan hacia Buenos Aires al sólo efecto de realizarse prácticas medico-quirúrgicas, según se ha denunciado reiteradamente a través de distintos medios periodísticos.

En tal contexto, las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida recepción de ingresos provenientes de la masa coparticipable, recursos desproporcionadamente magros frente al aporte que a ella realiza por la actividad económica generada en su ámbito, se convierte en una limitante para atender derechos de prestación en forma irrestricta, por cuanto ni siquiera puede satisfacer, en términos decorosos, los requerimientos de quienes, desde hace tiempo, residiendo en esta jurisdicción se encuentran en un estado de precariedad habitacional.

Propuestas que pasen por alto dicha realidad, se tornarán en postulaciones meramente declamatorias, generando la quimera de que la Ciudad de los porteños puede resolver los problemas de los más vastos contingentes de personas que converjan sobre su territorio, cuando ni siquiera puede atender satisfactoriamente los reclamos de quienes, desde hace años, viven en ella, con lo cual nos quedaremos en una solidaridad retórica que, por alejada de las posibilidades concretas, genera, en muchos, un falso espejismo, difícil de traducirse en derechos que puedan ser atendidos y gozados.

En tales condiciones, en tanto globalmente se brinden iguales o mayores prestaciones otorgando solución temporal a la emergencia habitacional, a pesar de la modificación introducida respecto a la exigencia de residencia que, por lo demás, no es decisiva para la concesión del beneficio, resulta insuficiente para descalificar el régimen como regresivo apreciado en su conjunto.

4. Conclusión.

Por las consideraciones expuestas entiendo que corresponde hacer lugar parcialmente, en los términos consignados en los puntos que anteceden a la acción declarativa de inconstitucionalidad incoada. Sin

costas, en atención a que la causa ha sido trabada entre el Ministerio Público Tutelar y el GCBA.

Así lo voto.

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

Adhiero al voto del juez José Osvaldo Casás.

La Jueza Elizabeth A. Marum dijo:

1. La presente acción declarativa de inconstitucionalidad iniciada por la Sra. Asesora General Tutelar (fs. 1/19), fue declarada parcialmente admisible el 3 de diciembre de 2008 por el Tribunal que he sido convocada a integrar, en relación a la impugnación de los arts. 1, 2, 4 y 5 del decreto n° 960/08 (fs. 28/41). El fundamento de la inconstitucionalidad de estas normas de carácter general reside en que con su vigencia se produciría, a criterio de la presentante, una disminución en la intensidad con la que el estado local reconoce el derecho a la vivienda de personas en situación de necesidad, violándose así el principio de progresividad o prohibición de regresividad (arts. 14 bis, 16, 28, 31, 75, incs. 22 y 23 y art. 99, inc. 2, de la Constitución Nacional; art. 25 inc. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 2, 4 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 5, inc. e de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 14, inc. 22 de la Convención por la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres; arts. 10, 11, 17, 20, 31 y 39 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; la ley nacional N° 20.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes; y la ley N° 114 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Posteriormente, el 3 de marzo de 2009, la accionante presentó un escrito en el que afirma que la declaración de inconstitucionalidad de las normas cuestionadas debe acarrear también la pérdida de vigencia de la reglamentación dictada en consecuencia, es decir la Resolución n° 1554/GCBA/MDSGC/08, en lo pertinente, y subsidiariamente peticiona se declare su inconstitucionalidad (fs. 65/68).

2. En ocasión del contestar el traslado de la demanda, el órgano que representa los intereses del Gobierno de la Ciudad, solicitó el rechazo íntegro de la demanda de inconstitucionalidad por los fundamentos que obran a fs. 47/63 y lo propio hizo el Fiscal General a fs. 136/149vta.

3. Ahora bien, llegado el momento de pronunciarse acerca de la pretensión de inconstitucionalidad de las normas en cuestión corresponde expedirme, en primer término, acerca de la existencia y los alcances del principio de progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales.

Tal principio ha sido incorporado al plexo de derechos y garantías de nuestro ordenamiento desde el marco internacional de los derechos humanos en general y, en forma expresa, a partir de la firma del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, se sostiene que la Constitución Nacional tenía implícito este principio desde su origen y luego fue incluido, de modo expreso, con la reforma de 1994.

En efecto, la introducción de los tratados internacionales de derechos humanos en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional reforzó la obligación de progresividad y prohibición de regresividad en nuestro ordenamiento legal. Además, la incorporación de la llamada nueva cláusula de progreso contenida en el art. 75, inc. 19, CN evidencia el renovado ímpetu que el constituyente dio en aras de la justicia social, habida cuenta de los términos en que fue concebido, con arreglo al cual corresponde al Congreso *“Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social...”*. Por otro lado, el art. 75, inc. 23, CN, dispone en la parte pertinente, que el Congreso, entre otras medidas, deberá *“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”*, norma que también se ha interpretado como sustento del principio de progresividad.

Entre los Tratados Internacionales que receptan este principio se encuentran, además del citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresa que *“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”* (art. 2.1). Asimismo, que *“Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los*

derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 2.2).

La Convención Americana de Derechos Humanos establece que *“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” (art. 26).*

A partir de ello, los Estados asumen la obligación de avanzar hacia la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que implica una obligación “concreta y constante” de ampliar su tutela. Se trata de una progresividad dinámica que impone la obligación de proceder de manera permanente y continua, que invalida toda medida que implique la disminución del grado de realización que los derechos hubiesen alcanzado.

En tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que la obligación del desarrollo progresivo de tales derechos *“exige como mínimo que la vigencia y acceso a los mismos no se reduzca con el transcurso del tiempo”* y determina que las medidas se adopten de manera que *“...constante y consistentemente promuevan la plena efectividad”* de estos derechos (Gialdino, Rolando, *“El derecho al disfrute del mas alto nivel posible de salud”*, en Investigaciones 3 (2001), publicado por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, p. 493/537).

Por otra parte, no puede soslayarse que la realización progresiva no puede ser invocada por el Estado como pretexto para no cumplir con el PIDESC (Principios de Limburgo y Pautas de Maastricht, cit. por Gialdino, Rolando E., *“Dignidad, Justicia Social, Principio de progresividad y núcleo duro interno. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y al de la Seguridad social”*, p. 19/28).

En tal sentido, Pedro Nikken señala algunos matices que deben tenerse presentes a propósito de los derechos económicos, sociales y culturales, pues no puede sostenerse que tales derechos carecen de exigibilidad, pues si los Estados asumen el compromiso de satisfacerlos *“hasta el máximo de los recursos disponibles”* su realización representa una prioridad jurídicamente definida, cuyo desconocimiento en la práctica no es legítimo (La protección internacional de los derechos humanos. Su

desarrollo progresivo, ed. Civitas, S.A., Madrid, 1987, p. 126/127).

En efecto, aunque los tratados reconocen la situación particular de cada Estado y tienen en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también imponen varias obligaciones con efecto inmediato, por ejemplo que los Estados se *“comprometen a garantizar”* que los derechos pertinentes se ejercerán *“sin discriminación”*. La alusión al deber de *“adoptar medidas”* denota un compromiso que, en sí mismo, no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas, lo más claramente posible, hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto. Además, ella implica un avance efectivo en la realización plena de los derechos pertinentes y, asimismo, que las medidas tendientes a lograr ese objetivo, deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve. En cuanto a los medios que deben emplearse para dar cumplimiento a la obligación de adoptar medidas, se define en el párrafo 1 del art. 2 como *“...todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”*, es decir no solo la adopción de normas es suficiente ni el único medio para lograr dichos fines.

Por otra parte, la expresión *“recursos disponibles”* debe interpretarse a la luz del objetivo general y razón de ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. De modo que para que cada Estado pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todos los esfuerzos necesarios para conseguir y utilizar todos los recursos que están a su disposición, en un intento por satisfacer, con carácter prioritario esas obligaciones. Ello implica que el margen para un retroceso violatorio de la progresividad o el estancamiento o falta de avance es bastante acotado, siendo sólo admisible en situaciones de verdadera emergencia, en las cuales estuvieran en peligro otros derechos de los previstos en el Pacto (Recalde, Mariano, *“Vigencia y alcance del principio de progresividad”*, en Compendio y jurisprudencia, doctrina y legislación, Nº 4, director Jorge Kielmanovich, Errepar, 2007, p. 555/557).

El fallo "Milone" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -del 26/10/04- se hace eco de la obligación de progresividad y prohibición de regresividad, al afirmar que una interpretación conforme al texto constitucional indica que la efectiva protección al trabajo dispuesta por el art. 14 bis se encuentra alcanzada y complementada por el mandato del art. 75 inc. 23 de la CN, norma que paralelamente asienta el principio de no regresión en materia de derecho fundamentales. Deja en claro que así

lo preceptúa también el principio de progresividad asentado en el art. 2.1 del citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en concordancia con el art. 11, inciso 1, por el que los Estados han reconocido el derecho de toda persona a una mejora de las condiciones de existencia (considerando 6).

Asimismo, en el fallo CSJN "Aquino" -del 21/9/04-, el voto de los jueces Zaffaroni y Petracchi, declara que un retroceso legislativo en el marco de protección genera un grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general y del PIDESC, en particular. Este último está plenamente informado por el principio de progresividad, según el cual todo Estado Parte se compromete a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos. De ello se siguen dos consecuencias: por un lado, los Estados deben proceder lo más explícita y eficazmente posible a fin de alcanzar dicho objetivo; por otro, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración mas cuidadosa y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto de aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga. Mas aún, existe una fuerte presunción contraria a que aquellas medidas que impliquen un retroceso en el marco de protección de un derecho social, resulten compatibles con las obligaciones impuestas por el PIDESC, sobre todo cuando su orientación no es otra que la mejora continua de las condiciones de existencia, según reza su art. 11.1. Señala el fallo que el principio de progresividad también se encuentra enunciado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisamente respecto de los derechos económicos y sociales (art. 26) y ha sido recogido por tribunales constitucionales de distintos países, como Bélgica, Portugal y Francia. De allí que sostuvo el convencional Lavalle, con cita de Piero Calamandrei que *"un gobierno que quisiera substraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás, sino de que se irá adelante"* -Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1957, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1958, t. II, p.1060- (considerando 10).

Posteriormente, la Corte Suprema volvió a referirse al principio de progresividad, respecto de la situación de los haberes previsionales en "Sanchez, María del Carmen c/Administración Nacional de Seguridad Social" -del 17/5/05-. Allí el Dr. Maqueda afirmó que *"La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el capítulo III, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 26, dispone acerca del desarrollo progresivo para lograr la plena efectividad de tales derechos, propósito que tiene por destinataria a la persona dentro del sistema y que, en*

consecuencia, requerirá del Estado el máximo esfuerzo en orden a los recursos disponibles. El reconocimiento del principio de progresividad en la satisfacción plena de estos derechos destierra definitivamente interpretaciones o medidas que puedan ser consideradas regresivas en la materia (art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos)... el art. 75, inc. 23, de la norma fundamental, ya que el constituyente reformador de 1994 ha introducido las acciones positivas con el fin de garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución, y por tratados internacionales... Esta norma constitucional fortalece la vigencia del principio de progresividad en materia previsional, descalificando todo accionar gubernamental que en la práctica dé un resultado regresivo en el goce efectivo de los derechos” (considerando 10).

El fallo determinó también el alcance de las fórmulas “en la medida de los recursos disponibles” -art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos- y “hasta el máximo de los recursos de que disponga” –art. 2.1 PIDESC-, afirmando que la consideración de los recursos disponibles por cada Estado “...constituye una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer nuevos o mayores beneficios destinados a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por esos documentos, mas no importa disculpa alguna para desconocer o retacear los derechos vigentes” (considerando 6).

También en “Madorrán” -del 3/5/07-, la CSJN ha reconocido el impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, propia de los textos internacionales y, muy especialmente, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (considerando 8).

A su vez, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires consagra este principio, específicamente respecto al derecho en juego, al disponer, en el art. 31 que la ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: 1. resuelve progresivamente el déficit habitacional de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos.

Este principio, también llamado de irreversibilidad predica, en palabras de Bidart Campos, *que “una vez que determinados derechos se integran al sistema de derechos de un Estado democrático, no es posible después darlos por inexistentes, derogados, o desaparecidos. Así como alguna línea de la filosofía escolástica proclamaba que el derecho natural crece por adición, pero no disminuye por sustracción, el principio de irreversibilidad en materia derechos humanos proclama que añadido un “plus” de derechos..., no es viable sustraerlos. Ello porque este principio*

de irreversibilidad entra en alianza con el de progresividad y maximización del sistema de derechos... Una vez que el sistema ha engrosado la constelación de derechos mediante el agregado de derechos nuevos, o por la ampliación con contenidos nuevos de derechos viejos, el “plus” acumulado no puede desaparecer en el futuro, así desaparezca la fuente que expresamente les confirió ingreso” (Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, T VI, La Reforma Constitucional de 1994, Ediar, 1995, p. 579/80).

La progresividad se refiere, entonces, a la obligación de avanzar continuamente hacia la plena efectividad de los derechos, la que supone dos obligaciones, por un lado, la de mejorar continuamente el disfrute de los derechos; y, por otro, la de abstenerse de tomar medidas regresivas (Courtis, Christian, Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, ed. del Puerto, Bs. As., 2006, p 124). En este sentido se ha dicho que la progresividad es dinámica y unidireccional, pues está vedada la marcha atrás (Gialdino, cit., p. 22).

Vale aclarar que si bien existen dos nociones posibles de regresividad, la que es aplicada a los resultados de una política pública -de resultados- y la que es aplicada a normas jurídicas –normativa, referida a la extensión de los derechos concedidos por ellas-, en la presente acción adquiere relevancia este último sentido, en tanto se debe efectuar un cotejo normativo, aunque sin prescindir del resto del orden jurídico, en tanto regula el derecho en juego.

La obligación de no regresividad asumida por el Estado es la prohibición de sancionar normas jurídicas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales instituidos en cada mejora progresiva. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o de derogar los ya existentes, lo que constituye una limitación impuesta a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, en cuanto a las posibilidades de reglamentación de los derechos mencionados.

Existe regresividad normativa cuando, comparando una norma anterior con otra posterior, el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho ha empeorado. Es decir, cuando el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que había alcanzado en el derecho interno antes de la sanción de esa norma. En otras palabras, cuando la norma impugnada limite, restrinja o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social, o le imponga a su ejercicio condiciones que con anterioridad no debían sortearse.

4. El derecho a la vivienda se halla contenido en el art. 14 bis fine

CN y en el ya citado art. 31 CCABA, norma ésta última en la que se fijan los lineamientos que deberá seguir el Poder Legislativo en su tarea reglamentaria. En él se brinda un mandato claro a fin de que puede darse respuesta a las necesidades de los habitantes, otorgándole prioridad a las personas con mayores dificultades económicas para el acceso a una vivienda digna. Requiere del Estado la promoción de planes de viviendas, a efectos de que todo habitante, en especial los de modestos ingresos, puedan acceder a ella. En definitiva, este derecho tiene como contrapartida la obligación del Estado de procurar a todos los núcleos un lugar donde desenvolver decorosamente su vida familiar. En orden al alcance que cabe otorgársele al derecho a una vivienda digna consagrado en la Constitución local, adhiero al voto de los Dres. Ana María Conde y Luis Francisco Lozano en la causa 6754/09 “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, citado en la presente.

5. Sentado ello y, previo abordar el análisis de la constitucionalidad de las normas impugnadas, cabe aludir –atento lo manifestado por la accionante- a los principios atinentes a la prueba de lo invocado. Afirmo la doctrina que es el demandante quien corre con la carga de demostrar, inicialmente, el carácter regresivo de la norma, acreditando que el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso con respecto al existente con la norma anterior. Probado esto, la norma se presume inválida y corresponde al Estado la carga de acreditar que, pese a ser regresiva, la norma es justificable.

En otras palabras, solo si se ha probado que una norma es regresiva, -lo que determina una presunción de invalidez o de inconstitucionalidad de ella-, se transfiere al Estado la carga de argumentar a favor de la estricta necesidad de la medida (Courtis, ob. cit., p. 29/33 y 37).

6. a. La pretensión de inconstitucionalidad del art. 1º del decreto n° 960/08 en tanto excluye “*como objetivo de la política pública (...) la orientación de las familias en situación de calle en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional*” no debe tener, desde mi punto de vista, favorable acogida, pues la Asesoría Tutelar no ha logrado acreditar el carácter regresivo que ha invocado.

En efecto, en primer término resulta necesario preguntarse si resulta ajustada la hipótesis que propone la demanda en cuanto a que la omisión de aludir al objetivo de *orientación “en la búsqueda de distintas estrategias de solución a la problemática habitacional”* (que sí estaba expresamente presente en el decreto n° 690/06, art. 3), tiene como consecuencia jurídica la desaparición de la obligación del Estado local de

brindar dicha orientación y, con ello, regresa al estado de cosas anterior a la vigencia del decreto nº 690/06.

Es menester destacar que la versión actual establece como objetivo *“primordial”* el fortalecimiento transitorio del ingreso familiar con fines exclusivamente habitacionales, concepto que atiende a su carácter principal o primario, pero que de por sí implica que no descarta otros, aún cuando no se hallen expresamente dispuestos.

Corroborar lo expuesto, la circunstancia que, tal como lo expresa la representación legal de la demandada y el Sr. Fiscal General, con posterioridad al inicio de la presente acción, el Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad dictó -en ejercicio de la facultad delegada por el art. 16 del decreto nº 690/06-, con fecha 22/10/2008, la Res. 1554/2008 (BOCABA del 4/12/2008, que persigue el declamado objetivo de *“clarificar y especificar los límites del programa [Atención para Familias en situación de calle]”*), de cuyos considerandos se destaca que el creado Equipo de Seguimiento y Evaluación (en adelante *“el Equipo”*), *“asesorará y orientará a pedido expreso del beneficiario, sobre las alternativas habitacionales existentes a fin de superar la problemática en cuestión”*. Asimismo, dicho asesoramiento y orientación resulta una de las obligaciones del mencionado *“Equipo”* cuando fuera solicitado por el beneficiario del Programa (art. 3, inc. b, Res. 1554/2008).

Adviértase que, de hacerse lugar a la pretensión en este punto – bajo la forma solicitada en la presentación de fs. 65/8 (es decir, conjuntamente con el art. 3, inc. b, Res. 1554/2008)- no se advierte que quienes se encuentren en aquella situación adquieran beneficio alguno.

En efecto, si bien dicho derecho constitucional –como todos los incluidos en modo directo o indirecto por nuestra Constitución local, son directamente operativos, es decir, exigibles judicialmente (art. 10 CCABA)- la reglamentación tendiente a obtener asistencia a fin de lograr una solución definitiva resulta, tal como lo afirma la motivación de la Res. 1554/2008, *“clara”* y sencilla, pues exclusivamente requiere *“solicitud”* del beneficiario del programa.

Asimismo, acerca de la específica cuestión vinculada con la solución definitiva del problema habitacional, comparto la consideración efectuada por los Dres. José Osvaldo Casás y Ana María Conde en ocasión de expedirse en el caso concreto de Pilar Rosa Moravito en cuanto a que *“ (...) en el logro de este objetivo, el Estado no puede encontrarse en soledad, sino que requiere de la participación y compromiso de los asistidos, ya que sólo de esa forma es posible encontrar la solución que dé satisfacción a cada una de las familias que tutela. En efecto, ni la estrategia a seguir, ni las posibilidades de superación de la situación serán iguales para cada familia del Programa, ni puede imponerse al Gobierno que implemente, en cada caso, la*

solución “a medida” que requiere cada grupo familiar” (de su voto *in re* “Moravito, Pilar Rosa c/ GCBA s/ amparo -art. 14 CCABA- s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. n° 5033/06 del 11/12/2007). Es decir que, junto a la “solicitud” del beneficiario, que establece el cuadro normativo actualmente vigente como requisito formal para la obtención del asesoramiento y orientación a fin de obtener una solución a la problemática, la fuerza de la realidad reclama indudablemente esa participación y compromiso a fin de que la orientación resulte eficaz.

Ello aparece exigido, como forma de motivación heterónoma, por la propia Res. 1554/2008 cuando establece que *“a los fines de la obtención de la ampliación del subsidio habitacional otorgado, al momento de solicitarla, deberá acreditar las medidas que hubiere adoptado a efectos de superar su situación de emergencia”* (art. 12, 2do. párrafo del Anexo I de la Res. 1554/2008).

Por lo expuesto, cabe considerar que la citada resolución, lejos de resultar contraria a la letra del decreto en su redacción actual, la complementa.

En síntesis, no se advierte regreso normativo en este punto.

Por otra parte, sin ir más lejos, el propio art. 17 CCABA establece, en lo que a la aquí reclamada obligación del Estado local interesa, que la Ciudad a) *“desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión”* y b) *“asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas”*. A su vez, el art. 31 CCABA establece que *“La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna”* y, para ello *“resuelve progresivamente el déficit habitacional (...), dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica”*. Así las cosas, aún si el ordenamiento normativo infraconstitucional se desentendiera de “orientar la búsqueda de estrategias de solución”, como afirma la accionante, dicho deber normativo subsistiría por efecto del mandato constitucional. Entonces no hay, en la dimensión normativa, regreso alguno.

En definitiva, una interpretación del art. 1 del decreto n° 960/08 como la propuesta por la Asesora resultaría inconstitucional, pero no porque aquella normativa lo sea, sino por el alcance restrictivo que pretende otorgarle.

6.b La demandada inconstitucionalidad del art. 2° del decreto n° 960/08 tampoco puede prosperar, por motivos similares a los desarrollados en el párrafo anterior. Es decir, en tanto la Res. 1554/2008 –reglamentaria del programa “Atención para Familias en Situación de calle”- viene a clarificar el alcance de la tutela del Programa en cuestión.

En efecto, señala la accionante en relación a esta norma, que el art. 2° del decreto n° 960/08 *“reduce la población destinataria a las personas o familias en situación de calle”* y excluye *“como beneficiarios*

del programa a quienes por cualquier causal se hallaren en riesgo de ser desalojados o ante la inminencia de encontrarse en situación de calle”.

Ahora bien, la norma modificada por la regla cuestionada establecía que *“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 (...)”* (art. 4 del Decreto nº 690/06).

El decreto 960/08 expresa que el programa *“...asiste a las familias o personas solas en situación de calle efectiva y comprobable, entendiéndose por tal a aquellas que se encuentren en forma transitoria sin vivienda o refugio por causa de desalojo u otras causas y que reúnan las condiciones previstas en el artículo 11 del presente Decreto. No se contempla como beneficiarios del programa, a quienes por cualquier causal se hallaren en riesgo de ser desalojados o ante la inminencia de hallarse en situación de calle.”*

Sin embargo, en el cuadro normativo actual, dicha asistencia no desapareció. Adviértase que, el art. 4º del Anexo I de la Res. 1554/2008 establece que *“Las familias o personas que se encuentren en riesgo de ser desalojadas, o ante la inminencia de encontrarse en situación de calle, **no podrán percibir el subsidio. No obstante** ello, **podrán iniciar el trámite** ante la Autoridad de Aplicación a fin de solicitar la realización de un trámite de carácter administrativo **llamado “Preaceptación” de ingreso** al Programa, el que se obtendrá en caso de verificarse el cumplimiento de los recaudos consignados en el Decreto Nº 690 y modificatorio por parte del equipo competente”.*

Es decir, el marco normativo actual no se desentiende, tal como pareciera creer la demandante, de la asistencia a quienes se encuentran en *“inminente situación de desamparo”*. En este sentido, el trámite de preaceptación cumple también –aunque de un modo diferente- con una finalidad preventiva, pues actúa en salvaguarda de este derecho, garantizando que al momento de encontrarse en situación de calle, el peticionante se incorpore al Programa y perciba el subsidio.

Así, toda vez que los recursos presupuestarios públicos son finitos, ellos deben dirigirse primordialmente a quienes padecen mayores carencias y tener presente la situación de aquellos que pudiesen llegar a precisar de la asistencia, por si ocurriese el supuesto de que efectivamente lo necesiten con la misma intensidad que aquellos otros. Es más, la propia Constitución de la Ciudad invita a dar preeminencia a los más carenciados por sobre aquellos que pudiesen llegar a necesitar de la misma ayuda *“ (...) **dando prioridad** a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos”* -art. 31.1 CCABA-, lo que impone una consideración preferencial de aquellas personas que están en peor situación. En otras palabras, ello permite,

atendiendo al carácter limitado de los recursos y aún frente a la necesidad de aprovechamiento máximo de los recursos disponibles, que ellos se distribuyan entre quienes se encuentran en un estado más crítico.

En definitiva, en la actualidad, en ejercicio de competencias propias y partiendo de los lineamientos expuestos, la administración de la Ciudad optó por asistir de modo diferente a quienes se hallen en una efectiva situación de calle en relación a aquellos que se encuentran en riesgo de estarlo, permitiéndoles el inicio del trámite como modo de garantizar una pronta respuesta al momento de encontrarse en una efectiva situación de necesidad, en caso de que lo estén.

Por ende no se ha probado, en rigor, que se hubiese marchado en reversa en este punto.

6.c. En cambio, sí debe acogerse favorablemente la pretensión de inconstitucionalidad del art. 4 del Decreto nº 960/08 por la denunciada restricción del destino del subsidio.

En efecto, pone énfasis la demandante en que, a la luz del Decreto nº 690/06 -art. 10-, el subsidio que otorgue el Programa podía ser destinado para: a) gastos de alojamiento; b) toda índole de gastos emergentes en los casos en que se les otorgue un crédito hipotecario del Instituto de la Vivienda de esta Ciudad o requieran del mismo para la obtención de una solución definitiva.

Señala que en la actualidad, por imperio de la norma que cuestiona, modificatoria de la regla expuesta en el párrafo anterior, *“El subsidio que se otorgue tendrá como único destino cubrir los gastos de alojamiento. Excepcionalmente, el mismo podrá estar destinado a la obtención de una solución definitiva para la problemática habitacional de la familia...”* (a cuyo fin faculta a la Autoridad de Aplicación del programa a disponer del beneficio en un pago único a tal efecto).

Del cotejo en abstracto de ambas normas puede observarse que el nivel de protección que ofrece el estado actual del ordenamiento jurídico ha empeorado en el punto, en la medida en que se restringe la frecuencia del posible destino del subsidio, al otorgarse carácter excepcional a la utilización en la obtención de una solución definitiva de la problemática habitacional. Se ha producido en este punto un retroceso en el alcance y nivel de protección del derecho a la vivienda.

Así, acreditada la regresividad normativa por la actora, posee el Estado la carga de argumentar a favor de la estricta necesidad de la medida, lo que no ha hecho.

En base a lo expuesto, corresponde declarar la invalidez y pérdida de vigencia de la modificación introducida al art. 10 del decreto nº 690/06, por el art. 4 del decreto nº 960/08.

6.d. Asimismo, entiendo que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 5 del Decreto nº 960/08, en cuanto exige para poder obtener el subsidio *“ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de dos (2) años”* (inc. b).

En efecto, surge de la constatación de las normas en juego que, si bien la exclusión como potenciales beneficiarios de aquellos residentes que acrediten una antigüedad menor a dos años y mayor de uno, no resulta absoluta (art. 11, punto b 4, 2do. párrafo, Res. 1554/2008), la nueva regla incumple el principio de progresividad, pues en este punto regresa.

Ello se advierte sencillamente a la luz del art. 11 del decreto 690/06 en cuanto establecía como regla para ingresar al Programa *“ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de un (1) año”* (inc. b), mientras que la resolución del Ministerio de Desarrollo Social en el art. 11 punto b.4., 2do. párrafo, del Anexo I dispone que *“Las familias o personas solas que hayan obtenido la cuota de emergencia, cumplan con los demás requisitos exigidos, y acrediten una residencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de un (1) año o mayor, serán evaluadas... a fin de determinar su inclusión definitiva al Programa. No obstante ello, tendrán preferencia de ingreso las que en similares condiciones acrediten una residencia de dos (2) o más años en la ciudad”*.

Así las cosas, y si bien la exclusión del beneficio no es, en principio, para todos los casos, la exigencia de previa evaluación a los fines de determinar su procedencia que fue introducida por la posterior normativa, permite afirmar que las posibilidades de acceder al subsidio de aquellas personas que tengan un año o mas de residencia, pero menos de dos, han sido recortadas cuando antes no lo estaban. Nótese en tal sentido, que es la propia Resolución la que establece una preferencia de aquellos que poseen dos años de antigüedad, pese a la existencia de “similares condiciones” de necesidad respecto de quien posea un año, lo que implica un retroceso en la medida en que con anterioridad a la modificación, ambas situaciones se hallaban amparadas igualitariamente.

La reducción del alcance de potenciales beneficiarios atenta, por ello, contra la prohibición de regresividad.

Ello así, entiendo que cabe declarar la invalidez y pérdida de vigencia de la modificación introducida al art. 11 del decreto nº 690/06 por el art. 5º del decreto nº 960/08, en cuanto fija como requisito para la obtención del subsidio previsto en el Programa *“ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de dos (2) años”* (inc. b).

7. Por último, es dable señalar que el análisis y las conclusiones que anteceden no implican en modo alguno una intervención en el diseño

de políticas públicas, ni la sustitución de la administración en la determinación de ellas, como invocan tanto la parte demandada como el Sr. Fiscal General, pues si bien es facultad de otros poderes optar por un sistema o mecanismo que desarrolle este y otros derechos, ello no impide que el judicial efectúe el control de constitucionalidad de normas de carácter general, tarea puesta en cabeza de este Tribunal por expresa disposición constitucional, marco en el cual debe asegurar el respeto al principio de prohibición de regresividad en el goce de derechos económicos, sociales y culturales vigentes, e impedir la convalidación de actos que importen dicha afectación.

Consecuentemente, corresponde hacer lugar parcialmente a la pretensión contenida en la demanda, y declarar la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de los art. 4 Decreto nº 960/08, modificatorio del art. 10 del Decreto nº 690/06, en cuanto establece que “El subsidio que se otorgue tendrá como único destino cubrir los gastos de alojamiento. Excepcionalmente, el mismo podrá estar destinado a la adopción de una solución definitiva para la problemática habitacional de la familia” y del art. 5º del Decreto nº 960/08, modificatorio del art. 11 del Decreto nº 690/06 en cuanto fija como requisito para la obtención del subsidio previsto en el Programa *“ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de dos (2) años”* (inc. b).

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La Sra Asesora General Tutelar impugna la validez constitucional de diversas cláusulas del decreto nº 960/08, por considerar que contradicen los principios de progresividad y no regresividad –arts. 28, 31, 75 inc. 22 y 23 CN; 10 y 31 CCABA; 26 de la CADH y 2 y 4 del PIDESC— afectando las garantías establecidas para proteger el derecho a la vivienda contemplado, fundamentalmente, en el art. 31 CCABA.-

Según se dispuso por mayoría del Tribunal, los planteos admitidos para su análisis y debate, quedaron circunscriptos a los vinculados con los arts. 1º, 2º, 4º y 5º del decreto nº 960/08.

Por último, quedó integrada a los planteos admitidos la resolución nº 1554/08 del Ministerio de Acción Social, reglamentaria del decreto 960/08 en cuanto se relaciona concretamente con los artículos objetados.-

2. Para decidir acerca de la validez constitucional de la normativa cuestionada es menester analizar los artículos que la parte actora entiende afectados, interpretándolos para fijar su real alcance y sentido con vinculación a la protección del derecho a la vivienda y, especialmente,

en lo que atañe al grupo de personas más desamparado, es decir a los que carecen absolutamente de vivienda.

El art. 31 de la CCABA establece el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado y fija pautas o parámetros que garantizan el acceso a un estándar mínimo de goce de este derecho.

El art. 17 CCABA determina que la Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos, asistiendo en especial a las personas con necesidades básicas insatisfechas.

Ambas cláusulas, a su vez, deben ser leídas e interpretadas bajo la óptica de los principios de progresividad y no regresividad que consagran los arts. 2 y 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PiDESC), integrado a la Constitución Nacional por el art. 75 inc. 22.

3. Un adecuado tratamiento y análisis del eje central de los planteos propuestos determina la conveniencia de transcribir el texto del art. 31 CCABA, estableciendo su alcance e interpretación conforme lo hemos ya enunciado en voto conjunto con mi colega, el Dr. Luis Francisco Lozano (voto en autos “Alba Quintana , Pablo c/ GCBA (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte n° 6754/09, circulado internamente) en tanto las consideraciones expuestas en tal oportunidad constituyen los lineamientos básicos de interpretación en la materia y, en consecuencia, resultan aplicables al análisis de la cuestión ahora en debate.

Como soporte jurídico del criterio que estimo aplicable, sostuvimos en el mencionado precedente que: “4...

Art. 31 La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello:

- 1. Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos.*
- 2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva.*
- 3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.*

El artículo transcrito comienza por reconocer el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado.

En esta cláusula, la CCBA engloba un aspecto inexorablemente colectivo —hábitat adecuado— con otro que, como regla, implica, directamente o de modo indirecto, como puede ocurrir en los planes

autogestionados, asignaciones individuales de recursos, y sólo podemos imaginarlo como atendido por bienes colectivos en situaciones excepcionales en las que una escasez insuperable impone compartir el techo.

La reglamentación de esos derechos incumbe al Legislador, que debe cumplir tal tarea conforme las prioridades previstas por el constituyente y sin alterar el espíritu del mandato contemplado en el art. 31 de la CCBA.

Inmediatamente, la norma organiza en tres incisos una batería de medios para atender dicho derecho. Esas previsiones abarcan desde el ejercicio del poder de policía, del tercer apartado, hasta la organización de los beneficiarios y el apoyo de la autogestión para erigir viviendas, pasando por el otorgamiento de subsidios según prioridades.

El resultado que la CCBA pone a cargo del estado no es de cumplimiento instantáneo. La sola circunstancia de que prevé prioridades —personas que padecen pobreza crítica, necesidades especiales con pocos recursos, viviendas precarias o marginación— implica que el constituyente asumió que los recursos son escasos y, por tanto, deben ser distribuidos según criterios transparentes que brinden apoyo antes a quienes tienen más necesidad.

En la misma senda y con una formulación explícitamente omnicompreensiva, el inciso 1° dispone resolver progresivamente el déficit habitacional, que, como dije no es el único objeto del derecho enunciado en el encabezamiento. Esta previsión enlaza con la necesidad de afectar recursos no infinitos a distintas prestaciones de naturaleza social y cultural; educación y salud, esencialmente, que deben también ser atendidas por el estado. Además, tiene un propósito que no se puede perder de vista y que consiste en posibilitar radicaciones definitivas, tal como establece el inciso 2, es decir, ni propende a distribuir con miras a fomentar la inmigración ni la emigración.

5. El art. 31 de la CCBA se enmarca en el contexto normativo de la CN y particularmente en el del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, elevado a la jerarquía de regla constitucional, en las condiciones de su vigencia, por el texto del art. 75 inc. 22 de la CN en la modificación introducida en 1994. Las disposiciones de dicho tratado internacional también son asumidas como compromiso por el constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el art. 10 de la CCBA.

A la luz de la relación entre el gobierno federal y los locales que organizan, entre otros, los arts. 5, 31 y concordantes de la CN, dicho art. 31 de la CCBA debe ser interpretado como un desarrollo de los derechos acordados por el Pacto Internacional. Los derechos que confieren ambos

cuerpos normativos no “pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

Corresponde, entonces, establecer el alcance del derecho a la vivienda contemplado en el art. 11, lo que supone asumir, entre otras reglas, la de la progresividad prevista en el art. 2, ambos del Pacto Internacional en cuestión. Ello así, porque, aunque no ha sido puesto en tela de juicio que el art. 31 de la CCBA cumple con dicho pacto, la interpretación que de él se haga servirá necesariamente de pauta para la de la norma local, por aplicación de la regla hermenéutica, tantas veces recordada por la CSJN, con arreglo a la cual de dos interpretaciones debe optarse por aquella que armoniza mejor con la norma de rango superior (Fallos 182:486; 184:5; 186:258; 200:165; 281:146; 296:22; 297:142; 299:93; 301:460; 304:794 y 314:1445 entre otros). A ello se suma la circunstancia ya apuntada de que la progresividad prevista en el art. 2 del Pacto Internacional ha constituido el punto de apoyo al que acudió el a quo para asentar su pronunciamiento.

La Observación General 3 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, Artículo 11 [2], en adelante OG3), suministra una visión que nos sirve indudablemente de guía y que ha sido tomada en cuenta a la hora de formular la interpretación del art. 31 vertida infra.

5.1. En primer término, las obligaciones deben ser cumplidas por todos los medios apropiados y principalmente mediante medidas legislativas, sin que ello signifique que la administración no deba contribuir al cumplimiento —art. 2 (1) del Pacto y punto 3 del OG3— pero, cada poder dentro de la función que le incumbe. Son razones esenciales, para esta prelación de las medidas legislativas, la necesidad de garantizar la igualdad en la distribución de los beneficios (OG6 y puntos 1 y 3 del OG3) y la circunstancia de que la obtención de los recursos y su asignación es una base esencial para el cumplimiento (OG3 punto 1).

5.2. Las obligaciones de los estados son en buena medida de medios no de resultados (OG3 punto 1) y las de medios llegan a la máxima medida de los recursos disponibles.⁸ Los recursos disponibles

⁸“Sobre la base de la extensa experiencia adquirida por el Comité, así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima,

limitan aun la progresividad en el cumplimiento pleno de los compromisos emergentes del PIDESC. De todos modos, no es menos cierto que el párrafo 1 del artículo 2 del tratado obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, por tanto, 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 el máximo de los recursos que están a su disposición para satisfacer sus obligaciones (cf. OG3, puntos 9 y 10).

Esto significa que la Ciudad de Buenos Aires no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de esa necesidad. Su obligación se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles.

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— conforme se explicará más adelante.

5.3. Asimismo, el otorgamiento por los estados pactantes de derechos susceptibles de ser invocados ante sus órganos judiciales constituye un deber de esos estados, que, en nuestro caso, pesan tanto sobre el estado federal como sobre los locales que han investido al federal de la misión de representarlos ante la comunidad internacional (OG3 punto 5).

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.” (cf. OG3, punto 10).

“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. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción.” (cf. OG3, punto 11).

5.4. La progresividad del art. 2 constituye en ese sentido una salvaguarda para los estados cuando no pueden cumplir inmediatamente los deberes asumidos. Empero, adoptar las medidas (versión española), *taking the steps* (inglesa) o *s'engage à agir* (francesa), son, en el criterio del OG3 punto 9, de resultado, e inmediatamente exigibles, de manera que, a partir de la vigencia del pacto, los gobiernos sobre los que pesa el deber de cumplir el pacto deben adoptar medidas que conduzcan al pleno cumplimiento.

Ello implica que, en cada momento, debe exhibirse, en lo posible, un paso más que los acumulados en los momentos precedentes, y, al menos, no uno en sentido contrario.

Los pasos deben ser deliberados, concretos y apuntados tan claramente como sea posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas por el Pacto⁹.

En otras palabras, el art. 2 impone la obligación de moverse tan expeditiva y efectivamente como sea posible hacia el logro de las metas previstas. Más aún, la OG3 destaca que "...todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga." (OG3, punto 9, *in fine*).

5.5. En esa línea, no cabe medir la mejora según lo que toque a cada individuo, tal como parece ser la concepción del *a quo*, sino que debe serlo globalmente para toda la población. Tampoco cabe pensar separadamente los derechos contemplados en el PIDESC sino que hay que pensarlos en conjunto, según se desprende de que los recursos disponibles lo son para el conjunto. La tan citada OG3 al analizar el concepto de progresividad y regresividad relaciona esas calificaciones con el conjunto de medidas y de derechos alcanzados por las previsiones del PIDESC en función del máximo de recursos disponibles (ver puntos 9 y 10).

5.6. Las medidas deben ser las mejores que permitan los recursos de que se dispone.

5.7. Esas medidas corresponden en buena parte a los poderes legislativos (OG3 puntos 3, 4, 6, 8, 11 y 15). Por una lado, incumbe

⁹ "Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto." (cf. OG3, punto 2, *in fine*).

primariamente al poder legislativo establecer cuáles son los recursos disponibles y, además, nada asegura mejor que una medida legislativa la igualdad en la distribución de beneficios (punto 3).

5.8. A esta altura de la exposición resulta necesario recordar que la interpretación del Pacto Internacional no incumbe solamente a los jueces (art. 31 de la CN) sino también al Poder Ejecutivo Nacional en su carácter de conductor de las relaciones exteriores. Esto obliga a un delicado equilibrio en el cual los jueces deben tener presente la necesidad de que la República pueda operar como un coherente sujeto de derechos en la comunidad internacional. No hay evidencias de que los órganos políticos federales hayan querido que el contenido de las obligaciones asumidas mediante el PIDESC exceda el que el GCBA se propuso, ni que haya asignado recursos a través de políticas nacionales de vivienda para que la CABA los implemente en su territorio.

*5.9. Una segunda obligación de resultado surge del PIDESC en la concepción de la Observación General 3, punto 10: los estados deben asegurar un piso a los derechos que deben tutelar. Esto impone a los estados el deber de priorizar el uso de los recursos de que disponen. En el caso del derecho que nos ocupa, el deber consiste en brindar al menos un resguardo básico al universo de individuos al que tiene el deber de asistir (OG3 punto 10). En este sentido, el punto 10 de la OG3 apunta que “...al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos” y enumere como expresión mínima de esos derechos el acceso a, por ejemplo, “...alimentos esenciales, atención primaria de salud esencial, **de abrigo y vivienda básicos** ...” (el destacado no figura en el original). Resulta ilustrativo mencionar que en las versiones en inglés y francés, para lo que aquí importa, se usan respectivamente los términos shelter and housing y logement. Traducido al español shelter es “abrigo” o “refugio” y combinada con housing o logement remite a la idea de alojamientos gubernamentales u oficiales (cf. Diccionario Oxford Spanish Dictionary, Oxford University Press, 2005 y Espasa Grand: español-francés, Espasa-Calpe, 2000). En la interpretación del Comité, el parador estatal destinado a brindar “abrigo” aparece como la expresión mínima del derecho a la vivienda. Una manifestación de ese derecho que, por austera, no debe dejar de reunir condiciones indispensables de dignidad “.*

4. En el contexto definido por la transcripción precedente, ha de quedar claramente sentado que los subsidios para vivienda no

constituyen la política a que hace referencia el art. 31 CCABA. Esta política, al menos en su trazo grueso, debe debatirse, perfilarse y definirse en el ámbito legislativo y a través de quienes tienen la legitimación popular para fijar los lineamientos de una política pública de esta envergadura. Esta tarea se encuentra pendiente de realización.

En este marco de vacío legislativo sobre una cuestión fundamental de la vida de los habitantes de la Ciudad, 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 sí un lugar donde vivir. Se trata, entonces de un derecho asistencial que le corresponde no a cualquier habitante sino a quienes se encuentran dentro de los parámetros establecidos en el art. 31. En suma, no constituyen la política de vivienda pero sí la integran formando una parte de ella al asistir a quienes requieren una ayuda en forma inmediata.

5. En definitiva, como síntesis, creo que resultará útil concretar cuáles son los ejes sobre los cuales debe asentarse el derecho a la vivienda protegido en el art. 31 CCABA:

- El Estado debe atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, y debe emplear todos los medios disponibles para brindarles un hábitat adecuado. Esta es una responsabilidad que recae, en forma primordial, sobre el Poder Legislativo.
- El art. 31 no genera un derecho subjetivo inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado. Es obligación de los gobiernos cumplir **progresivamente y hasta el máximo de los recursos posibles las dos mandas constitucionales básicas: vivienda digna y hábitat adecuado.**
- Las inversiones de recursos deben estar asignadas tanto a la vivienda como a la infraestructura y a los servicios.
- Los subsidios no son los únicos medios de cumplir las obligaciones impuestas por el art. 31; por ello pueden ser totales o parciales o estar sujetos a pautas de distribución, siempre que éstas respeten las contempladas en la Constitución y en los tratados internacionales.
- Sin perjuicio de todo lo anterior, el Estado debe garantizar al menos un techo a todo aquel a quien le toque asistir y no lo tenga.

6. Sentado el marco teórico sobre el cual habrá de dirimirse el conflicto planteado, resulta necesario precisar los alcances de los principios de progresividad y no regresividad previstos en el PIDESC, con relación a la alegada inversión de la carga probatoria, que pondría en cabeza del Estado la justificación del dictado de la norma impugnada.

De acuerdo con esta nueva categoría de análisis agravado de razonabilidad, la prueba de que una norma es regresiva determina la presunción de invalidez de la disposición en cuestión, trasladando la carga probatoria de la justificación hacia el Estado demandado y dejando de lado la presunción de legitimidad de los actos administrativos.

No obstante, la inversión de carga probatoria no funciona en forma automática. Para ello se requiere que el demandante establezca con seriedad suficiente el presupuesto que motoriza la presunción inversa, es decir la condición de regresiva de una norma determinada. Establecido al menos un principio de prueba de regresividad, la norma denunciada se presumirá inválida y correrá por cuenta del Estado la justificación de su razón o motivo. Para ello habrá de acreditar ciertamente que la norma regresiva, en verdad, está dando cumplimiento o satisfacción a otros derechos contenidos en el Pacto.

En este punto, toma importancia otro dato relevante: que la norma o las cláusulas o artículos considerados regresivos integren o formen parte de un cuerpo normativo que establezca, en forma parcial o total, una política pública, caso en el cual las cláusulas que la integran habitualmente conforman un todo sistémico que no ha de perderse de vista. En este caso, no será suficiente, para obtener el beneficio de la inversión de la carga de la prueba, la simple comparación entre cláusulas aisladas o artículos desconectados.

En efecto, estando en juego la efectividad real del derecho social protegido —en este caso, la vivienda— el análisis comparativo deberá ir más allá del simple cotejo y efectuarse la ponderación respecto del conjunto de disposiciones abarcadas por la política pública de que se trate. En suma, la comparación se hace en conjunto y por instituciones, asegurando así la visión global del régimen aplicado al derecho social, lo que permite determinar con mayor certeza si existe o no regresividad.

Ya con anterioridad he propiciado este criterio de análisis integrativo cuando se trata de analizar la constitucionalidad de políticas públicas, al sostener que “...debe observarse que, como ocurre por regla, una política pública no queda referenciada a una cláusula o a un inciso de la ley que la contiene. Por el contrario, su articulado debe entenderse en forma sistémica ya que es el conjunto interrelacionado de sus disposiciones el que dará cuenta —finalmente y a partir de su concreta aplicación— de la existencia o no de una situación de afectación constitucional” (conf. mi voto en la causa “Ministerio Público - Defensoría

General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” y sus acumulados; expte n° 5726708, resolución del 16 de julio de 2008).

7. Desde este punto de mira, debo señalar que no encuentro que los planteos identificados en la demanda cuya admisibilidad resultara procedente, hayan sido apuntalados, desarrollados y definidos con la seriedad que este tipo de acción requiere de acuerdo con la naturaleza del decreto cuestionado. En efecto, encuentro que se ha omitido la visión integrativa a la que me he referido ya, articulándose la argumentación como cuestiones independientes entre si.

En este contexto, el principio de inversión de la carga probatoria no puede ser considerado con el estricto rigor que la cuestión a tratar ameritaría pues, ante la falta de argumentación orientada a generar auténtica convicción de regresividad por parte de la accionante, debe resultar morigerado por el principio de presunción de legitimidad de los actos administrativos, que no ha sido desplazado por las razones ya apuntadas.

Por lo demás, resulta conveniente destacar que tal como ha sido planteada la cuestión a través de la vía elegida — que sólo permite analizar el control abstracto de constitucionalidad de la norma impugnada—, lo que aquí se trata de determinar constituye una cuestión de derecho, frente a la cual es deber de los jueces practicar el estudio del tema propuesto desde los diversos ángulos posibles más allá de la mejor o peor argumentación de las partes (conf. principio “iura novit curia”). Este criterio resulta especialmente recomendable cuando se trata de la acción prevista en el art. 113, inc, 2° CCABA, que, de prosperar, puede determinar la segregación de la regla cuestionada del ordenamiento jurídico.

8. Tal como lo destaca el voto del juez de trámite, Dr. José Osvaldo Casás, lo cierto es que en cualquier análisis serio que se pretenda hacer de la política de vivienda en la Ciudad de Buenos Aires no puede prescindir de dos parámetros centrales:

a) Fundamentalmente, falta una ley marco que establezca los lineamientos básicos de la materia, tarea que se encuentra a cargo del Poder Legislativo. No obstante, en forma dispersa este Poder ha dado tratamiento a algunos temas puntuales y, en ese sentido, es posible identificar la sanción de leyes que constituyen instrumentos superadores de situaciones concretas que se encuadran dentro de la política habitacional. Se pueden mencionar como ejemplo:

- Ley 1987 del 1° de junio de 2006: declara de utilidad pública y sujetos a expropiación los predios ubicados en el “Asentamiento AU7” (Villa Cartón), los que serán destinados a viviendas sociales definitivas (por medio del IVC), previo censo realizado por el GCABA.
- Ley 2737 del 5 de junio de 2008: declara la emergencia de infraestructura y ambiental del complejo habitacional barrio Cdte Luis Piedrabuena (art. 1º) SE crea una Comisión técnica encargada de formular una propuesta para la solución de fallas estructurales, vicios de construcción, mejoras en infraestructura y saneamiento ambiental del complejo, se crea comisión de seguimiento encargada del avance de las medidas.
- Ley 2973 del 4 de diciembre de 2008 (vetada parcialmente en relación con los desalojos suspendidos): Se constituye un fondo para emergencia habitacional, el que se asigna a programas ya existentes o creados por ley específica que tenga por objeto las soluciones habitacionales transitorias o definitivas para los grupos familiares o personas objeto de la presente ley.
- Ley 3343, dictada el día 3 de diciembre de 2009, prevé la urbanización de polígono correspondiente a las villas 31 y 31 bis, el cual será destinado a viviendas para quienes habiten allí (prioritariamente) (arts.1 a 4).

b) Desde el Poder Ejecutivo, existen organismos que establecen programas y acciones en materia de vivienda, que se relacionan y coordinan entre sí para delinear la ejecución de políticas habitacionales y de mejora del hábitat ciudadano, que prestan especial atención a las zonas que se encuentran en desventaja y procuran orientarse hacia los objetivos fijados en el art. 31 CCABA.

Dentro de este contexto, debe mencionarse al Instituto de la Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires (IVC) —órgano de ejecución de las políticas habitacionales, de acuerdo con la ley 1.251— y a la Unidad de Gestión e Intervención Social (UGIS) creada por decreto 2075/08, dependiente del Ministerio de Desarrollo Económico— cuyos objetivos abarcan, en muchos casos, la situación habitacional de los vecinos de la Ciudad.

El Instituto de la Vivienda desarrolla varios programas en materia de vivienda, que en especial abarcan el acceso a los diferentes créditos hipotecarios o de adquisición de viviendas bajo distintas modalidades que

se enmarcan en la ley 341 y su modificatoria 964, ambas del año 2006. Pueden señalarse:

- **Programa Vivienda Porteña:** implementa proyectos inmobiliarios para la construcción de edificios y la venta financiada de unidades funcionales con destino a vivienda única y permanente.
- **Créditos individuales:** otorga créditos hipotecarios, como instrumento para el acceso a la vivienda para uso exclusivo y permanente destinado a familias en situación crítica habitacional.
- **Rehabilitación y Puesta en Valor de Conjuntos Urbanos:** mejoramiento edilicio y de infraestructura de los barrios y conjuntos habitacionales de incumbencia del Instituto.

La Unidad de Gestión e Intervención Social implementa programas de asistencia comunitaria y atención social en villas, núcleos habitacionales transitorios y asentamientos reconocidos en la Ciudad de Buenos Aires. Para ello, ejecuta obras de mantenimiento y mejoramiento del hábitat que se encuentre en estado de emergencia y efectúa relevamientos poblacionales para mejorar las condiciones de habitabilidad.

La Corporación del Sur, otro organismo dependiente del Ministerio de Desarrollo Económico, creada por ley 470, ha desarrollado el Programa ProSur Hábitat destinado a dar solución a la problemática de vivienda en barrios carenciados y al mejoramiento y urbanización de espacios donde existen diversos tipos de asentamientos poblacionales. Pueden mencionarse a modo ilustrativo, sólo como ejemplo, el listado de licitaciones públicas correspondientes a los años 2009/ 2010, dentro de las cuales se encuentran:

- Licitación Pública 01- CBAS- 2009 “Construcción nuevo centro de salud y acción comunitaria (CESAC n°44)
- Licitación Pública 02 – CBAS-2009 “Construcción nuevo centro de salud y acción comunitaria (CESAC n°37)
- Licitación Pública 03 –CBAS- 2009 “Equipamiento urbano en villa 19, Construcción plazas, plazoletas y pasajes”
- Licitación Pública 04 -CBAS- 2009 “Equipamiento urbano villa 19, ampliación de comedor, y ampliación salón de usos múltiples...”
- Licitación Pública 12, 13, 14, 15, 16 y 19 –CBAS- 2009 “mejoramiento de calles, pavimentación, construcción veredas, iluminación y pluviales Villa 21-24, construcción comedor comunitario villa 1-11-14, plaza Villa 3, apertura de la calle Chilavert- Villa 1-11-14 de esta Ciudad”
- Licitación Pública n° 03- CBAS- 2010 “Infraestructura 204 viviendas...nomenclatura catastral...”

- Licitación Pública n° 04 – CBAS- 2010 “Ejecución de obras complementarias, conjunto habitacional 180 unidades de vivienda...”
- Licitación Pública 05 – CBAS- 2010 “Ejecución de obras complementarias, conjunto habitacional Barrio Pirelli, 168 unidades de vivienda...”.

9. A su turno, el programa de “Atención a las familias en situación de calle” forma parte de la política habitacional de la Ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, atiende una problemática particular dentro de ella: la de quienes carecen de la expresión más mínima en cuanto a vivienda se refiere. En suma, constituye una porción de la política de vivienda, cuya atención concreta por vía asistencial a través de los subsidios que el Gobierno otorga para paliar transitoriamente una situación crítica en materia de vivienda.

Desde esta óptica, la atención a las familias o personas en situación de calle se cruza con las acciones del IVC, de la UGIS y con las contempladas por vía legislativa pues todas se encargan de diversos segmentos poblacionales con déficit en materia de vivienda (conf. art. 31 CCABA), que incluso pueden evolucionar superando la situación o pueden migrar entre los segmentos comprendidos.

Incluso se vinculan y se coordinan con otras acciones que no son estrictamente propias de la protección del derecho a la vivienda, entrelazando una trama que, si bien no pierde globalmente su ubicación dentro de la política habitacional, se fundamenta y ubica dentro de una asistencia compleja que comprende programas sociales, de reinserción laboral, de obtención de una primera vivienda, de ubicación habitacional transitoria, etc.

En este aspecto, es el Ministerio de Desarrollo Social el encargado de propiciar y diseñar las diferentes alternativas de corte asistencial disponibles para la población que se encuentra en mayor desventaja o con mayor grado de vulnerabilidad. El plexo de programas que dependen de este Ministerio se integra, a la fecha, por diferentes normas (leyes, decretos y resoluciones) que se han ido incorporando en el tiempo. A continuación transcribiré algunos de los programas sociales vigentes a la fecha —únicamente aquellos que se vinculen directa o indirectamente al derecho de vivienda, según informa la página web oficial del Ministerio de Desarrollo Social, consignando la normativa que en cada caso respalda el programa.

(www.buenosaires.gov.ar/areas/des_social/atención_inmediata):

- Programa Apoyo a familias en Situación de Calle (decreto 690/06/**decreto 960/08, res. 1554-MDSGC/08 que ha aumentado los montos del subsidio de un total de \$ 2.700 al de \$ 4.200).**
- Programa de Emergencia Habitacional:
Programa de Ayuda Familias Villa Cartón (decreto 274/07, decreto 367/07, **decreto 144/09, resolución 290/09**); **Programa de Ayuda Ocupantes de Caracas 2787 (decreto 1499/08); Programa de Asistencia Familias ocupantes de terrenos TBA (decreto 363/09).**
- Programa Atención Habitacional Transitoria: Programa de Apoyo Habitacional (decreto 1234/04, decreto 97/05, **decreto 574/09**)
- Programa Atención en Situación de Emergencia Social (Programa Buenos Aires Presente (decreto 2018/99) y línea 108 (decreto 1945/05)
- **Programa de Formación e Inclusión para el Trabajo- Inclusión laboral de las personas en situación de pobreza y con problemas de empleo (FIT, decreto 578/08, resolución 1136- MDSGC-08)**
- Programa Atención a los Sin Techo: alojamiento, comida y atención profesional, previa admisión, para estadías prolongadas: a) Hogares propios: Mujeres u Hombres mayores de 18. Mujeres: Hogar Felix Lora; Hombres: Hogar 26 de julio; b) Hogares Conveniados: Hogar Montegaudo, Hogar del Ejército de Salvación, Hogar El Refugio; Hogar El Amparo; Hogares de Caritas).
- Centro de Inclusión Social Costanera Norte: hombres, mujeres solas o con hijos, familias: comprende albergue, desayuno y cena, talleres de capacitación, atención médica primaria, atención social inmediata, tratamiento profesional para revinculación.
- Paradores Nocturnos: pernocte, desayuno y cena, atención profesional por tiempo acotado de estadía: Parador Retiro (sólo hombres), Parador Bepo Ghezzi, Parador de Mujeres Azucena Villaflor.
- Hogares de Residencia Permanentes para Adultos Mayores: (Marco Regulatorio de establecimientos y atención gerontológica ley 661/01, ley 1003/02, ley 1710/05, **ley 2935/08; Reglamentos de Admisión, Permanencia, Egreso, Derechos y Obligaciones, de los Centros**

Residenciales para Adultos Mayores, resolución 7 SSTED-08, resolución 17-SSTED-08, resolución 1678-MDSGC-08).

- Programa Vivir en Casa. Subsidios Alternativos a la institucionalización para adultos mayores (decreto 211/07, resolución 344-MDHy SG/07)

La misma página indica la existencia de programas para brindar vivienda y asistencia a mujeres víctimas de la violencia, a personas con necesidades especiales, a niños y adolescentes, etc. De tal modo, teniendo en cuenta que se trata de un sitio público que difunde información oficial, no cabe presumir que los mencionados programas no brinden el servicio que se informa, en especial aquellos que por su entidad se respaldan en normativa específica.

En todo caso, si así no fuera, correspondería a quien tenía la carga de acreditar la regresividad que invoca, acreditar la inexistencia o ineficacia de los programas complementarios, alternativos o subsidiarios al dispuesto por el decreto 960/08.

10. En definitiva, a la luz de de la descripción efectuada precedentemente de la política de vivienda de la Ciudad de Buenos Aires, considero que no es posible determinar —aplicando el método ya explicitado de abordar la comparación en conjunto por institución, en este caso asistencia a las personas en situación de calle—, al menos en abstracto, que las cláusulas del decreto 960/08 que la accionante impugna, determinen que la política habitacional con relación a grupos de extrema vulnerabilidad, pueda entenderse regresiva. Ello por cuanto no se ha acreditado que las objeciones señaladas no resulten superadas o comprendidas por otros programas u acciones del demandado dispuestas para las áreas que se han analizado.

La ubicación o dispersión de ciertas operatorias en otros programas sociales, así como las circunstancias de que hayan variado las modalidades de gestión de los planes o políticas de un sector, no puede por sí sólo determinar que exista regresividad en el conjunto normativo a considerar. Ello significa, más bien, que se han desconcentrado las modalidades de asistencia estatal en distintos planes en función de una decisión de gestión, que puede ser mejor o peor en términos de eficacia, pero resulta insuficiente para evaluar en lo sustancial que la política habitacional así dispuesta resulta regresiva. No debe olvidarse que el escrutinio de constitucionalidad que propone esta vía procesal elegida (art. 113, inc. 2do CCABA) debe efectuarse en abstracto.

10.1 Así por ejemplo, en cuanto a la supresión de la obligación estatal de orientación, apoyo y asesoramiento para la solución del problema habitacional (art. 1º, decreto 960/08), pueden identificarse una variedad de programas que van desde la obtención de créditos para la vivienda hasta la capacitación para obtener empleo (Programa FIT, decreto 578/08, resolución 1136-MDSGC-08) o para desarrollar microemprendimientos (programa Promudemi, ley 2924/08) para poder superar la situación de calle. Por lo demás, comparto las apreciaciones del Dr. Casás en el punto 3.1 de su voto y entiendo, tal como lo señala mi colega, que la circunstancia de que se encuentre suprimida la frase en cuestión que expresa el deber de orientar, apoyar y facilitar la superación de la situación de desamparo por carencia de vivienda, no releva al gobierno de ocuparse de ello en tanto se trata de medidas o deberes que no pueden desvincularse de obligaciones básicas y fundamentales hacia la población pero, claro está, nada obsta a que encaucen por otros caminos.

10.2 Lo mismo ocurre con el requisito previsto en el art. 2º del decreto 960/08, en cuanto reduce los destinatarios del programa a aquellas personas o grupos familiares que se encuentran efectivamente en situación de calle. No se ha acreditado que no existan otros programas o soluciones diseñadas para quienes se encuentren en una situación tal que les permita avistar un problema habitacional en un futuro próximo, aun cuando no sea una realidad en el momento de solicitar la ayuda que brinda el subsidio. La omisión de contemplar al grupo de potenciales personas o familias en situación de calle no conduce necesariamente a asumir su desprotección dentro del esquema de asistencia previsto desde el gobierno y sus ministerios. En este sentido, la falta de atención o de protección por no admitir a quienes no se encuentran en una situación actual de desamparo habitacional debió haber sido acreditada y no sólo no lo fue, sino que, además, tampoco puede presumirse en orden a los restantes programas existentes en materia de vivienda y de ayuda social. Por lo demás, parece lógico tratar de evitar que los recursos del programa se distribuyan entre quienes se encuentran efectivamente en situación de desamparo y postergue a quienes pueden continuar en una situación que, si bien puede no ser satisfactoria, no necesariamente implica la situación de calle (como ejemplo puede citarse la persona que comparte la vivienda con otros familiares ante la imposibilidad de acceder a la propia; si se admite la presentación y se le adjudica el subsidio, ello le permite abandonar la casa familiar y habitar independientemente. Está claro que si no logra obtener el subsidio no puede avanzar con esa opción, pero tampoco se encuentra en una situación peor que quien está en efectiva situación de calle).

Al respecto, corresponde destacar que, como fuera ya dicho al sentar la interpretación del art. 31 CCABA, el diseño del sistema de protección previsto a nivel constitucional en la Ciudad para abordar los problemas habitacionales contempla ciertas prioridades, incluso dentro del universo de personas necesitadas de ayuda. En este marco, tampoco se ha demostrado que aquellas personas a las que actualmente beneficia el programa “Atención para Familias en Situación de Calle” —familias o personas solas *en situación de calle efectiva y comprobable*— no se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad que aquellas otras que, en principio, no resultan contempladas expresamente para el subsidio por el decreto en cuestión —personas *en riesgo* de ser desalojados o ante la *inminencia* de encontrarse en situación de calle—.

Por lo demás, la reglamentación del decreto 960/ 08 (art. 4° Anexo) contempla para los casos de riesgo o inminencia, la posibilidad de iniciar ante la autoridad de aplicación un trámite administrativo de “preaceptación” de ingreso al programa, instaurado con el objetivo de que ese peticionante no llegue a una situación de calle efectiva, a partir del seguimiento y control que el GCBA debe efectuar en cada caso concreto. Cabe aclarar en este sentido que la accionante tampoco ha brindado argumentos que permitan concluir que esas tareas de seguimiento y control que se ejercen en la actualidad en los términos del decreto n° 960/08 y su reglamentación resulten improductivas, ineficaces o no se cumplan por algún motivo.

10.3 La modificación del art. 4°, al establecer que el subsidio “tendrá como único destino cubrir gastos de alojamiento” y sólo de manera excepcional podrá ser destinado a la “obtención de una solución definitiva para la problemática habitacional de la familia”, carece de entidad para ser entendida como una restricción en la política habitacional que pueda ser considerada como retroceso inadmisibles desde el punto de vista constitucional. En efecto, como ya ha sido señalado en este voto, la política habitacional — entendida en la amplitud abarcada por el art. 31 CCABA— no puede ceñirse a lo dispuesto en un artículo aislado. Las soluciones definitivas bien pueden ser alcanzadas por otros programas o medidas que faciliten o propicien la construcción de unidades de vivienda o su adquisición, sin olvidar que además, este programa en concreto es contemplado como una herramienta *transitoria* de fortalecimiento familiar con fines *exclusivamente habitacionales* y dentro del marco de programas *asistenciales* a cargo del Ministerio de Desarrollo Social. Además, tampoco se ha desestimado absolutamente el destino de los fondos para una solución definitiva, pues aunque ahora la norma señala su excepcionalidad y antes no lo hacía, lo cierto es que —en este tipo de programas de ayuda puntual y transitoria— siempre será excepcional que

los fondos puedan ser canalizados hacia el logro de una solución habitacional definitiva si no es cuando el peticionante se encuentre vinculado a algún otro tipo de emprendimiento o proyecto de vivienda. En este sentido, la accionante no ha demostrado cómo y por qué esta modificación, más gramatical que sustancial, ha afectado o dejado fuera de posibilidades al grupo de personas y familias destinatarios del decreto 960/08.

10.4 Por último, el artículo 5° del decreto 960/08 — que exige una residencia de dos años en la Ciudad cuando anteriormente se requería un año—, tampoco puede, por sí sólo y aisladamente, ser valorado para catalogar la política habitacional del sector al cual se dirige el decreto en cuestión.

Esta decisión parece destinada a priorizar, en la asignación de los recursos públicos, a quienes tienen residencia estable en la Ciudad por ante quienes pueden estarlo en forma transitoria —por búsqueda de trabajo, por un tratamiento médico o cualquier otra circunstancia— y esta decisión política, en abstracto, no es cuestionable por sí desde que, cualquiera sea el lapso de residencia del peticionante, el Estado local estará obligado a prestar ayuda a través de paradores u hogares previstos en los distintos planes sociales del Ministerio de Desarrollo Social. En otras palabras, no es posible para el gobierno local desentenderse de la situación de desamparo de quienes se encuentran habitando en la Ciudad de Buenos Aires y tampoco se ha alegado ni probado tal circunstancia, aun cuando la asistencia no llegue por la vía del plan dispuesto por el decreto 960/08.

De todos modos, la reglamentación del decreto n° 960/08 (art. 11, punto b.4. del Anexo) precisa que *“las familias o personas solas que hayan obtenido la cuota de emergencia, cumplan con los demás requisitos exigidos, y acrediten una residencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de un (1) año o mayor, serán evaluadas... a fin de determinar su inclusión definitiva al Programa. No obstante ello, tendrán preferencia de ingreso las que en similares condiciones acrediten una residencia de dos (2) o más años en la ciudad”*. Es decir, se prevé una evaluación de la situación de aquellas personas que posean más de 1 año de residencia pero no alcancen los 2 años. Esta instancia de evaluación por parte de la autoridad de aplicación implica que la residencia de 2 años no es un requisito absoluto de procedencia del subsidio, ni una postura cerrada de la Administración para concederlo o denegarlo en virtud de un lapso de residencia considerado aisladamente.

Esta excepción revela que, tal como ocurre con los restantes artículos cuestionados, se contempla dentro de la misma normativa una flexibilización de la regla, lo que revalida una vez más la premisa de

análisis de la cual he partido en este caso: el confornte “por institución” cuando se trata de una política pública que debe ponderarse coordinadamente dentro de un sistema normativo.

10.5 La resolución 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social, no tiene otro contenido que reglamentar el decreto 960/08. Si bien la actora ha considerado que las objeciones formuladas a la validez del decreto son extensivas a su reglamentación, debiendo quedar ésta también invalidada, lo cierto es que —por no existir una impugnación autónoma de esta reglamentación— el rechazo de los cuestionamientos efectuados al decreto 960/08, determina la misma suerte para la normativa de referencia.

11. En suma, la parte accionante ha decidido cuestionar la modificación de un decreto que prevé programas de subsidios a personas en situación de calle. Es decir que la mencionada norma abarca sólo una porción de la política habitacional y sólo una porción de la política social; precisamente la parte en la que ambas confluyen.

Por otra parte, tampoco ha impugnado la totalidad del decreto en cuestión, desde que el mismo establece también ciertos beneficios para los peticionantes, como por ejemplo un aumento en los montos por los cuales se otorgan los subsidios.

Como lo he anticipado desde el inicio de este voto, no parece sensato ni de buena técnica judicial deslindar el articulado de un complejo normativo que intenta establecer una determinada política pública, aun cuando lo sea parcialmente y únicamente con relación a un sector determinado, en tanto —por supuesto— la naturaleza de la cuestión no determine la posibilidad de su tratamiento por separado en razón de la autonomía de la objeción (por ejemplo, la exigencia de nacionalidad argentina o de determinada la edad, que se consideran cláusulas impugnables por sí mismas (por caso, Expte n° 826/01 “Salgado Graciela Beatriz c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad del 11/04/01; Expte n° 4172/05 “ADC c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, entre otros).

Resulta prácticamente imposible evaluar el tema propuesto a debate por fuera del conjunto de disposiciones vinculadas con las que se coordina y lleva adelante la política habitacional en materia de vivienda y de desarrollo social. En este aspecto, la actora no ha aportado elementos de comparación u análisis de los programas que se llevan adelante, de donde he considerado algunos que son públicos por remitir a leyes de la Legislatura o a programas enunciados en sitios oficiales, pero que no son suficientes para arribar a una decisión contundente.

En tales condiciones y por los motivos expuestos a lo largo de mi voto, estimo que debe sostenerse la validez de la normativa impugnada pues no ha quedado demostrada la alegada regresividad de la política habitacional con relación al grupo de familias y personas en situación de calle, al menos en abstracto. El mero hecho de que ciertas modalidades o prestaciones accesorias que antes integraban una misma norma, ahora aparezcan reguladas en otros programas o deferidos a su evaluación por la autoridad de aplicación, no resulta suficiente para declarar la inconstitucionalidad del decreto 960/08 por entrañar regresividad respecto de la norma anterior, decreto 690/06.

No debe perderse de vista, que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye una medida de extrema gravedad institucional que la convierte en la última ratio del ordenamiento jurídico, por lo que —más allá de la coincidencia o discrepancia personal o de algún grupo de la comunidad— lo cierto es que sólo puede ser declarada “inconstitucional” cuando se evidencia una palmaria vulneración de los principios, derechos y garantías contenidos en el plexo constitucional.

12. La conclusión acerca de la validez constitucional en abstracto que hoy se juzga, no implica la imposibilidad de reclamar —administrativa o judicialmente mediante el control difuso— en un caso concreto sobre la base de condiciones y antecedentes frente a los cuales, eventualmente, la normativa aplicada pueda vulnerar el ejercicio de un derecho o interés tutelado por la Constitución o las leyes.

Por las consideraciones expuestas, voto por rechazar la presente acción declarativa de inconstitucionalidad

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1.- Precisiones introductorias

La estrategia argumentativa que fuera elegida por el Gobierno de la Ciudad, la complejidad de los conflictos sociales implicados en la acción deducida que califican la importancia del tema en debate, y la dimensión igualmente compleja del discurso judicial que debe decidir la controversia normativa traída ante el Tribunal por la Sra. Asesora General Tutelar provocan las consideraciones que siguen y que, en un marco diferente, parecerían innecesarias.

- Los derechos económicos, sociales y culturales tienen plena vigencia y la más alta jerarquía en el derecho positivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A su enérgica consagración en la

Constitución Nacional y en la de la Ciudad (v.g.: arts. 5 y 14 bis —entre otros— y 17, 20, 21, 23, 26 y 31 —entre otros—, respectivamente) se suma su privilegiada protección por el derecho internacional de los derechos humanos, con fuente en instrumentos internacionales que gozan de status constitucional en la Argentina.

- Los compromisos asumidos por el Estado local son explícitos y rigurosos, los derechos económicos, sociales y culturales tienen plena vigencia y son judicialmente exigibles.

- No hay, pues, una categoría de “derechos programáticos”, menos exigibles que otros “derechos operativos”. Esta distinción carece de arraigo normativo, responde únicamente a preferencias y/o a concepciones anacrónicas sobre modelos de Estado posibles, y no podría seriamente ser tenida en cuenta por el Tribunal.

Sin embargo, ante la insistencia con que distintos operadores jurídicos han planteado y defendido explícita o implícitamente esa distinción, me referiré a algunos de sus argumentos más frecuentes. Es habitual referirse a los derechos humanos como si pertenecieran a diversas generaciones: los derechos civiles y políticos —ligados a las libertades individuales— son denominados derechos de primera generación, y los derechos económicos, sociales y culturales —entre los que se incluyen el derecho a una vivienda digna y un hábitat adecuado—, como de segunda y tercera generación.

Existe también una igualmente infundada creencia en que los derechos civiles y políticos exigen del Estado un comportamiento pasivo, de abstención, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales, requieren prestaciones, que se traducen en obligaciones positivas que implican gasto, y son propias de un modelo de Estado. Cabe aclarar que, en cualquier caso, las distinciones mencionadas no conllevan consecuencias restrictivas en cuanto a la exigibilidad y tutela judicial efectiva de algunos derechos, frente al texto de la Constitución Nacional, que les otorga idéntica jerarquía.

- De igual modo es erróneo atribuir a los derechos económicos, sociales y culturales la “originalidad” y el problema de generar un “gasto estatal” y no hacerlo con los derechos civiles y políticos, como si respecto a estos últimos la actividad del Estado orientada a protegerlos no incidiera en el presupuesto, ni fuera objeto de previsión en él. Véanse por ejemplo el derecho de propiedad o el sufragio universal: ninguno de ellos es visualizado como integrante del universo de las llamadas “acciones positivas” a cargo de los órganos estatales y consecuentemente son pensados como si no generaran gasto alguno. Sin embargo, la función jurisdiccional de los fueros civil, comercial y penal, el trabajo de los registros nacionales y de las fuerzas de seguridad y prevención se orientan a la protección del derecho de propiedad. Se trata

sin duda de obligaciones con contenido positivo, que implican un importante desembolso de recursos presupuestarios. Lo mismo ocurre con la organización regular de elecciones y la financiación de las campañas de los partidos políticos.

Tal vez la “naturalidad” con que se ignora la incidencia de ciertos “gastos estatales”, y por otro lado se insiste en la dificultad para atender otros, resida en que el gasto destinado a sostener la maquinaria estatal que garantiza el derecho de propiedad beneficia sólo a quienes poseen bienes, mientras que el gasto en planes sociales beneficiará especialmente a quienes carecen de tales bienes: los sectores de la sociedad invisibilizados por su marginalidad y pobreza.

En síntesis, no hay tal cosa como derechos humanos “programáticos”. La plena vigencia de la Constitución no puede estar librada a la voluntad del legislador, ni existen derechos humanos que dependan de su reglamentación para ser exigibles. El derecho a una vivienda adecuada es un derecho vigente: el Estado asumió una obligación susceptible de generar responsabilidad internacional en caso de incumplimiento, que es judicialmente exigible. Acudo a Ferrajoli cuando dice *“una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular”*. (Ferrajoli, Luigi, Pasado y futuro del derecho, en *Revista internacional de filosofía política*, 17, Madrid, UNED/Universidad Autónoma Metropolitana, 2001).

2. Una relación especular: el sentido de la prohibición de regresividad o el respeto a la regla de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales

El artículo 2. 1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. A su turno, el artículo 11 de la misma Convención establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (el subrayado me pertenece). Los artículos 26 del Pacto de San José de Costa Rica y 31 de la CCBA se inscriben en la misma línea.

La prohibición de regresividad, consagrada por el derecho internacional de los derechos humanos y por el derecho constitucional

federal y local, es un límite a la posibilidad de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales,

La evaluación constitucional que se requiere en autos es internormativa y de carácter abstracto (art 113, inc. 2º de la CCBA). Por ello, en el marco interpretativo que proveen las disposiciones constitucionales y convencionales pertinentes, y con el propósito de determinar si se afecta la regla de progresividad es imprescindible empezar con un ejercicio de comparación entre la norma impugnada y aquella que viene a modificar.

Dicho de otro modo; cuando una norma infraconstitucional viene a sustituir a otra en la regulación de una misma materia —en este supuesto los decretos 690/06 y 960/08— para establecer si hay afectación de principios o preceptos constitucionales, es imprescindible evaluar el alcance y extensión de los derechos reconocidos en una y en otra. En las acciones del art. 113 inc. 2 CCBA la evaluación referida, en principio, no alude a un sujeto determinado o a un caso concreto sino que se efectúa con abstracción de personas o situaciones. Satisfecha esta primera etapa de la labor hermenéutica, la segunda consiste en mostrar si, con apoyo en el análisis anterior, hay o no hay violación del plexo constitucional.

El tema no ofrece perplejidades para la doctrina, que en general coincide en que “...la noción de regresividad puede aplicarse a normas jurídicas: es decir [aplicada a normas jurídicas], se refiere a la extensión de los derechos concedidos por una norma (*regresividad normativa*). En este sentido —no empírico sino normativo—, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior”. (Courtis, Christian —comp.—, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006).

Por otra parte, la determinación en abstracto acerca de si los niveles de protección que ofrecen distintas normas son mejores o peores, es un ejercicio frecuente en la dogmática jurídica. También lo es en la actividad judicial donde, aunque aparezca en casos concretos, la tarea interpretativa es similar a la que he indicado en los párrafos anteriores. Así, por ejemplo, la CSJN ha decidido entre dos leyes penales cuál era *más benigna* (Fallos 330:4544, 324:2826 y 310:1026). También decidió entre dos normas individuales cuál resultaba más beneficiosa para su destinatario, al revocar fallos que incurrían en *reformatio in pejus* (Fallos 332:2146 y 332:523, entre otros).

En el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, si se acredita que una norma es regresiva respecto de otra u otras que sustituye o modifica, su invalidez (constitucional o convencional) se

presume. Como por principio el regreso es inconstitucional, el control de razonabilidad exigido es agravado.

Queda en cabeza del Estado producir la prueba conducente a desvirtuar la presunción, lo que en la especie implica la demostración de que el dictado de las normas objetadas resultó ineludible. La actividad argumentativa y probatoria desplegada por el Estado debe apreciarse en forma restrictiva estándose, en caso de duda, por la invalidez de la norma regresiva.

Llegado este punto anticipo mi opinión, que desarrollaré en los apartados que siguen, en cuanto a que la sustitución del decreto 690/06 por el decreto 960/08 supone regresividad normativa, ya que su sanción implica retroceder en el nivel de protección alcanzado por un derecho social, en el caso, el derecho a la vivienda adecuada.

Como se verá, la regresividad está acreditada y el GCBA no ha podido justificarla por ninguno de los medios admitidos, por lo que haré lugar a la acción declarativa de inconstitucionalidad intentada.

La vulneración del principio de progresividad ha de apreciarse siempre en relación al grado de protección alcanzado por los derechos económicos, sociales y culturales en el orden jurídico local, en un momento determinado.

Quiero agregar que la postura que sustento no es nueva en mis decisiones como jueza del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad. En ocasión de votar en el expediente 4568/06 “Tolosa, Estela Carmen c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCBA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” (sentencia del 9 de agosto de 2006), en el expediente 5033/06 “Moravito, Pilar Rosa c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCBA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” (sentencia del 11 de diciembre de 2007), y en muchos otros sostuve que: “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar —lo que no ha ocurrido en estos autos— por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna. En el caso, la regresividad que no es tolerada ni por el orden jurídico nacional ni por el local, se configura respecto del derecho a la vivienda digna”.

La Observación General nº 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, acerca de “[l]a índole de las obligaciones de los Estados Partes”, es una fuente normativa que resulta ineludible para caracterizar el principio de progresividad. Allí, el Comité interpreta 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. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata...”.

Cuando el PIDESC y el Comité admiten que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales requerirá tiempo, ello implica que aquellos aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales que impliquen una prestación por parte del Estado, deberán garantizarse progresivamente, de manera que, en principio, no puede exigirse su satisfacción total en forma inmediata. Este enfoque realista de los derechos en juego, no hace más que agravar las obligaciones del Estado que, dotado de un dispositivo dúctil y de un plazo razonable, no puede evadir su obligación de mejorar progresivamente las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales protegidos por el PIDESC. De hecho, la interpretación del comité despeja toda duda posible acerca del carácter operativo de las disposiciones del Pacto, pues ninguna consideración acerca de un plazo para la efectividad de los derechos hubiera sido necesaria si se tratara de meras declaraciones programáticas.

La cita transcripta concluye diciendo: “[por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata]. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el

contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

Según la interpretación del Comité —que debe valorarse como lo establezco en el apartado 3 de este voto— la limitación objetiva de los recursos disponibles en el Estado local no es, en sí misma, capaz de justificar una medida regresiva. En este contexto, es una carga de los Estados demostrar que las normas contrarias al principio de progresividad resultan razonables en referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC; que la extensión de los derechos económicos, sociales y culturales, introducidas las normas regresivas, es mejor o mayor, o bien, que las normas regresivas son imprescindibles aún con el aprovechamiento del máximo los recursos disponibles.

Lejos estuvo el demandado de cumplir esta carga probatoria, como se verá más adelante.

3.- El plexo normativo y jurisprudencial que define la prohibición de regresividad

El alcance de la protección constitucional del derecho a la vivienda adecuada y la determinación de sus contenidos mínimos fijan un horizonte de sentido. Trataré a continuación los conceptos y categorías provistos por el derecho internacional, nacional y local en los que se sustenta la caracterización del decreto 960/08 como una regresión insostenible al interior del orden jurídico porteño

Derecho a la vivienda adecuada:

La Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos de la misma jerarquía (art. 75 inc. 22 CN) reconocen el derecho de acceso a la vivienda adecuada. Así, el art. 14 bis de nuestra CN reconoce el derecho de acceso a una vivienda digna. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño también lo garantizan (arts. 25, 11, 11 y 27, respectivamente).

La Constitución de esta Ciudad avanza activamente en la protección de este derecho fundamental. En general, su art. 10 incorpora al ordenamiento interno los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y las leyes de la Nación, afirmando la plena vigencia de las normas citadas en el párrafo anterior. Su art. 17 reconoce explícitamente el derecho a la vivienda adecuada y las obligaciones del Estado de respetarlo, protegerlo y garantizarlo. Avanza en esta línea lo establecido en el art. 31, que garantiza el derecho a la vivienda digna y el hábitat adecuado imponiendo al GCBA la obligación de resolver progresivamente el déficit habitacional.

El art. 39 de la Constitución local establece a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de preferente tutela en cuanto a las políticas públicas. Esta consideración no es menor atentos los datos aportados por actora a fs. 3, 4 y 5; y por los amigos del tribunal a fs. 104 y 105, que no fueron controvertidos por el GCBA, en cuanto a la notable y penosa relación entre infancia y pobreza en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es interesante indicar que muchas de las fuentes citadas provienen de documentos oficiales del Estado local.

Indivisibilidad de los derechos:

La protección del derecho a la vivienda adecuada no es ni puede ser independiente de la protección de otros derechos económicos, sociales y culturales, comprometidos en el resultado de esta acción.

En este sentido, la Señora Asesora Tutelar manifestó que “la vulneración al derecho a la vivienda adecuada tiene como consecuencia la violación a otros derechos humanos fundamentales intrínsecamente relacionados con éste, como la autonomía personal; el derecho a la salud, integridad y vida; y el derecho a la igualdad; entre otros”. (fs. 6).

En la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán se elaboró la Proclama de 1968 en la que se dijo: “como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible”. En el preámbulo del Protocolo de San Salvador —protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos—, los Estados parte se hacen eco de “la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”.

El más básico derecho a la vida no puede juzgarse garantizado sin el acceso a una vivienda digna. El pleno goce de otros derechos básicos, incluidos los civiles, no puede concebirse en ausencia de una vivienda adecuada, así, quien vive en la calle pierde su privacidad y ve gravemente vulnerado su derecho a la unidad familiar, y su autonomía individual, que consiste especialmente en poder elegir y llevar a cabo el propio plan de vida.

Contenido del estándar:

Las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deben interpretarse a partir de las decisiones jurisprudenciales y

de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano.

La CSJN reconoció el carácter de fuente interpretativa de la jurisprudencia de los organismos internacionales, *in re* “Girolodi” (Fallos 318:514), cuando decidió: “11. Que la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, párr. 2º), 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.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º, ley 23.054)”.

En el fallo Aquino, la Corte Federal resolvió específicamente que: “8. (...) En este orden de ideas, cuadra poner de relieve la actividad del comité de DESC, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, es bueno acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del art. 75 inc. 22, de la CN” (2652. XXXVIII. RECURSO DE HECHO Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688—, sentencia del 21 de septiembre de 2004).

Al decidir la causa “Espósito”, confirmó que resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH) lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos “...por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23 de diciembre de 2004)

En ejercicio de las competencias asignadas por la resolución 1985/17 del ECOSOC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales elaboró la Observación General nº 4, que especifica el contenido del derecho a la vivienda adecuada. Es en relación a lo establecido en esta Observación General que debe considerarse la norma impugnada, a fin de determinar si implica un retroceso respecto de la que modificó. A continuación reproduzco los fragmentos más pertinentes.

“...De conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto, los Estados Partes ‘reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda

adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia'. Reconocido de este modo, el derecho humano a una vivienda adecuada tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales". (El subrayado es propio en este párrafo y los que siguen).

"... El derecho a una vivienda adecuada se aplica a todos. Aun cuando la referencia 'para sí y su familia' supone actitudes preconcebidas en cuanto al papel de los sexos y a las estructuras y actividad económica que eran de aceptación común cuando se adoptó el Pacto en 1966, esa frase no se puede considerar hoy en el sentido de que impone una limitación de algún tipo sobre la aplicabilidad de ese derecho a las personas o los hogares en los que el cabeza de familia es una mujer o a cualesquiera otros grupos. Así, el concepto de "familia" debe entenderse en un sentido lato. Además, tanto las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores. En particular, el disfrute de este derecho no debe estar sujeto, según el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, a ninguna forma de discriminación".

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

"... Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve

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

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 sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. 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 salud, 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”.

“... Como se señaló anteriormente, el derecho a una vivienda adecuada no puede considerarse aisladamente de los demás derechos que figuran en los dos Pactos Internacionales y otros instrumentos internacionales aplicables. Ya se ha hecho referencia a este respecto al concepto de la dignidad humana y al principio de no discriminación. Además, el pleno disfrute de otros derechos tales como el derecho a la libertad de expresión y de asociación (como para los inquilinos y otros grupos basados en la comunidad), de elegir la residencia, y de participar en la adopción de decisiones, son indispensables si se ha de realizar y mantener el derecho a una vivienda adecuada para todos los grupos de la sociedad. De manera semejante, el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada”.

“... La vigilancia eficaz de la situación con respecto a la vivienda es otra obligación de efecto inmediato. Para que un Estado Parte satisfaga sus obligaciones en virtud del párrafo 1 del artículo 11, debe demostrar, entre otras cosas, que ha tomado todas las medidas que son necesarias, sea solo o sobre la base de la cooperación internacional, para evaluar la importancia de la falta de hogares y la vivienda inadecuada dentro de su jurisdicción. A este respecto, las Directrices generales revisadas en materia de presentación de informes adoptadas por el Comité (E/C.12/1991/1) destacan la necesidad de “proporcionar información detallada sobre aquellos grupos de [la] sociedad que se encuentran en una situación vulnerable y desventajosa en materia de vivienda”. Incluyen, en particular, las personas sin hogar y sus familias, las alojadas inadecuadamente y las que no tienen acceso a instalaciones básicas, las que viven en asentamientos ‘ilegales’, las que están sujetas a desahucios forzados y los grupos de bajos ingresos”.

4.- Por qué los artículos 1, 2, 4 y 5 del decreto 960/08 son inconstitucionales

En los términos en que fuera admitida la acción, por la mayoría del Tribunal, consideraré los arts. 1, 2, 4 y 5 del decreto 960/08, a fin de mostrar —como ya anticipé— por qué son violatorios de la prohibición de regreso, y por qué la conducta del GCBA no se adecuó a la exigencia enunciada en el segundo apartado de este voto.

- El art. 1 del decreto 960/08 es deliberadamente regresivo, en cuanto excluye “la búsqueda de distintas estrategias de solución a su

problemática habitacional” de los objetivos del Programa e identifica como su *objetivo primordial* al “...fortalecimiento transitorio del ingreso familiar con fines exclusivamente habitacionales, debiendo los fondos otorgados estar destinados a cubrir gastos de alojamiento”.

Es de toda evidencia que el GCBA ha abdicado de su obligación de orientar a las familias y personas en situación de calle en la búsqueda de una solución definitiva. Esto es un retroceso en la amplitud de los compromisos asumidos (decreto 690/06), funcional a un enfoque parcial y transitorio de las soluciones ofrecidas y sintomático de la finalidad general que ha guiado la reforma aquí impugnada: la desaparición de cualquier atisbo de política pública para hacer frente a la emergencia habitacional que afecta a muchos vecinos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Empleo aquí el término “política” en su más amplia acepción, de manera que implica la determinación de un objetivo claro, previsión en su diseño, evaluación de su implementación técnica, etc.

El GCBA no asume una estrategia superadora de las manifestaciones genéricas de su propuesta anterior (decreto 690/06) sino que atenúa y relativiza su compromiso. El resultado es la total desaparición de lo que era apenas —en el decreto 690/06— el punto de partida para una política pública.

No debe olvidarse que la obligación asumida por el GCBA al manifestar los objetivos del Programa en el decreto 690/06, de la que abdica mediante el decreto 960/08, tenía como contrapartida el derecho de los beneficiarios del programa a exigir judicialmente al Estado local la orientación en la búsqueda de la solución definitiva para su carencia habitacional. Esa obligación que formaba parte del universo de garantías de los derechos fundamentales (decreto 690/06) ya no sería exigible según la redacción del decreto 960/08: el derecho a la vivienda adecuada estaba mejor garantizado por la normativa anterior. No ha habido tampoco entre una y otra norma una mejora general en el estatuto de los derechos humanos que permita justificar el retroceso. Por ello, la modificación operada por el art. 1 de la norma impugnada implica una regresión prohibida.

El GCBA negó que haya existido un cambio regresivo en los objetivos del Programa (fs. 55). En su apoyo, afirmó que el objetivo de “fortalecer transitoriamente el ingreso familiar con fines exclusivamente habitacionales” (nueva redacción) es preferible a “*solo* mitigar los efectos del desarrollo habitacional”. Esto no aparece como el resultado de un razonamiento, ni cuenta con sustento argumental alguno. Se trata de una afirmación dogmática que además evade el foco de la discusión. Como quedó establecido, no es el texto transcripto lo que se objeta, sino la exclusión de la “orientación en la búsqueda de la solución definitiva”. El demandado manifiesta que continúa brindando el correspondiente

asesoramiento, pero no documenta sus dichos. La referencia a la resolución 1554/GCBAMDSGC/08 aparece desconectada en incapaz de servir de “cabal prueba” de la postura del GCBA.

- En su desdichada labor de volver la espalda una vez más al conflicto social en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, incumpliendo así innumerables mandatos constitucionales y convencionales, el GCBA excluye de su “Programa” a las personas cuya situación de calle no es actual sino inminente, sin haber alegado que ofrece algún otro tipo de asistencia para quienes quedan excluidos del subsidio.

La gravedad de esta actitud fue destacada muy especialmente por la Defensora del Pueblo, en coincidencia con lo manifestado por la actora: la Administración está exigiendo la producción de un daño para garantizar un derecho. Esto es, institucionaliza como requisito para acceder a una prestación —que de todos modos está muy lejos de satisfacer el estándar de vivienda adecuada—, que el grupo familiar se vea expuesto a todas las contingencias de “estar en la calle”.

La razonabilidad de una legislación que además de regresiva exige la producción de un daño, debe interpretarse en forma más que restrictiva y con la mayor severidad. En estos términos, las endebles y confusas manifestaciones del GCBA acerca del “concepto de *excepcionalidad*” — como si fuera admisible que la garantía de los derechos fundamentales constituya una excepción— no comienzan a aclarar, ni mucho menos justifican, las razones que lo llevaron a desistir de todo indicio de una política pública en materia de vivienda.

El requisito introducido por el art. 2 del decreto 960/08, acentúa el camino a la deserción del Estado local de la prevención de violaciones de los derechos humanos. Esto, en palmaria infracción de la obligación reconocida por la CIDH en la causa “Velásquez Rodríguez c/ Honduras”: “El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos...”; agudizada por la existencia, sin perjuicio de la obligación general, de una exigencia especial y agravada de prevenir los desalojos, así el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General nº 7 interpretó que “...[una legislación contra desalojos] debería comprender medidas que a) brinden la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de viviendas y tierras...”, y que “habida cuenta de la creciente tendencia que se da en algunos Estados a que el gobierno reduzca grandemente su responsabilidad en el sector de la vivienda, los Estados Partes deben velar por que las medidas legislativas y de otro tipo sean adecuadas para prevenir y, llegado el caso, castigar los desalojos forzados...” (el subrayado es propio).

El GCBA mantiene que esta norma “[n]o reduce la población destinataria, sino que fortalece los derechos constitucionales expresamente reconocidos como el de igualdad ante la ley, para que no se desvirtúen los fines perseguidos por el programa” (fs. 56 vuelta). Agrega que el dictado del decreto 960/08 “...progresas también aclarando absolutamente el “universo poblacional” asistido por el decreto 690/06 e identificando a la autoridad de aplicación”. Es cierto que la norma cuestionada identifica a la población destinataria del Programa e indica qué órgano es su autoridad de aplicación, pero de ninguna manera puede sostenerse que esto implica un progreso. Desde luego, no toda modificación es progresiva. El verdadero efecto que el demandado oculta tras el eufemismo de “aclarar el universo poblacional” es la exclusión de todas aquellas personas y familias que estén en inminente situación de calle. Como ya señalé al comienzo de este apartado, esta modificación es deliberadamente regresiva. Tanto en la audiencia del 16 de diciembre de 2009, al referirse al “concepto de excepcionalidad” como a fs. 58 de su presentación cuando denuncia la existencia de un trámite de “Preaceptación”, el GCBA relativiza la exclusión operada por el artículo analizado. Debo insistir en que la subsistencia de una prestación para los excluidos en nada modifica la conclusión alcanzada, pues la sustracción de un derecho del ámbito de lo judicialmente reivindicable es en si misma una medida regresiva.

- En sentido concurrente con la modificación introducida por el art. 1 que excluyó de los fines del Programa la búsqueda de una solución habitacional definitiva, la norma cuestionada obsta el empleo de los fondos del subsidio para resolver en forma permanente la precariedad habitacional. El art. 4, que se inscribe en la marcada tendencia al retroceso del GCBA en el ámbito de las políticas públicas habitacionales, es especialmente regresivo en la protección de un aspecto del derecho a la vivienda adecuada, esto es “la seguridad jurídica en la tenencia”. La antigua redacción del decreto 690/06 priorizaba este aspecto, al menos en cuanto permitía destinar el dinero del subsidio a la adquisición de una vivienda estable. En efecto el decreto 690/06 preveía que el subsidio entregado en virtud del Programa podía aplicarse tanto a cubrir gastos de alojamiento como a hacer frente a gastos emergentes, en los casos en que a los beneficiarios se les otorgara un crédito hipotecario del Instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o lo solicitaran para ese fin. Como estaba redactado, el decreto autorizaba el destino de fondos del Programa a la obtención de una vivienda definitiva.

Debe interpretarse “la seguridad jurídica en la tenencia” como el derecho de las personas a tener certeza de que contarán con una vivienda adecuada donde residir, que no les será arbitrariamente retirada. Esto no implica que la falta de vivienda propia, en principio, constituya una

violación a los derechos humanos, pero es claro que hacia allí debe orientarse una política estatal protectora de los derechos económicos, sociales y culturales. La norma cuestionada se mueve en sentido contrario.

Los beneficiarios del Programa podrán destinar el subsidio al alquiler temporal de una residencia, gasto incapaz de dar una solución definitiva y cuyos beneficios se agotan con el consumo del período de tiempo que cubren, sin que una vez concluido éste la situación de protección del derecho a la vivienda adecuada haya tenido variación alguna. En tal sentido, la norma impugnada establece prioridades y abandona la búsqueda de una solución superadora, inscribiéndose en el esquema de retiro y ausencia que el GCBA propone con el art. 1 del decreto 960/08, compartiendo entonces su naturaleza regresiva.

En sus alusiones al art. 4 del decreto 960/08 (fs. 58 vta.), el GCBA no hizo referencia alguna al destino del subsidio, y se limitó a mencionar la materia que el artículo viene a reglar. Nada ha aportado para justificar los aspectos regresivos de la norma, por lo que corresponde mantener lo decidido en cuanto a su ilegitimidad.

- Trataré por último el art. 5. El decreto 690/06, contaba entre los requisitos del programa la condición de “ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de un (1) año...”. La modificación introducida por el art. 5 requiere ahora 2 años de residencia en la Ciudad. La prolongación del plazo da cuenta una vez más de la voluntad del GCBA de disminuir la protección alcanzada por el derecho a la vivienda adecuada de los grupos más desaventajados y vulnerables, colectivos enteros privados de derechos.

La modificación aludida además, excluye a un universo de quienes eran potenciales beneficiarios según la normativa anterior. Se trata entonces de una regresión ilegítima. El titubeante argumento del GCBA, que pretende negar lo sustancial de esta modificación, alegando que el universo excluido podría ser excepcionalmente incluido, en nada altera esta conclusión. Al igual que en el caso del art. 1, la desaparición de una obligación exigible y su sustitución por una potestad, constituye un retroceso prohibido. Retrocede la seguridad jurídica en la tenencia de la vivienda y la protección general del derecho a la vivienda adecuada, ya que deja de ser una garantía para convertirse en una gracia que depende únicamente de la voluntad del poder administrador. En este contexto, retrocede también la legalidad y el mismo Estado de Derecho, en el cual la subordinación de la Administración a la ley y el carácter primariamente reglado de sus facultades es la regla general que asegura todos los derechos de todos los vecinos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El GCBA no ha logrado acreditar que las normas regresivas fueran razonables, o estuvieran justificadas por una mejora en el estatuto íntegro de los derechos económicos, sociales y culturales.

Tampoco acreditó que hayan resultado ineludibles en el empleo del máximo de los recursos disponibles. Este último supuesto resulta especialmente inaceptable frente a la subejecución presupuestaria denunciada por la actora y los asistentes oficiosos, y que el demandado no logró. Ni en su presentación de fs. 46/63 vta., ni en ocasión de la audiencia celebrada el 16 de diciembre de 2009 satisfizo las cargas que la imputación de regresividad le imponía.

En su primera referencia significativa a la cuestión constitucional traída por la actora, el GCBA manifestó que el dictado progresivo de normas en materia habitacional cumple la manda constitucional que “...no obliga a la Administración a mantener ‘sine die’ planes de subsidios habitacionales, ello no resulta coherente ni razonable ni posible en derecho”. Esta afirmación no tiene relación alguna con el debate de autos, puesto que aquí no se discute la hipotética existencia de una obligación del demandado de otorgar subsidios por un plazo indeterminado, sino de efectivizar el derecho a una vivienda digna.

Iguales consideraciones merecen sus dichos de fs. 51 vta.: “Tampoco del artículo 31 de CCABA, ni del artículo 14 de la CN nace un derecho individual exigible para continuar siendo asistido por el Estado cuando se agotan las prestaciones fijadas en la normativa vigente”

Se trata en los dos casos de aseveraciones superfluas, que no pueden —por tanto— justificar el carácter regresivo de la norma impugnada, ni desvirtuar la presunción de ilegalidad que le cabe.

Voy a insistir con la cita de la Observación General n° 3 —a la que me referí en el apartado 2 de este voto— donde el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoció la necesidad de cumplimiento progresivo de las obligaciones del PIDESC, que no podrá “lograrse en un breve período de tiempo”. Asimismo, y aunque parezca reiterativo, quiero volver a señalar que, al contrario de lo que sostiene el GCBA, esa afirmación del Comité no debe interpretarse como que otorga una franquicia en el cumplimiento de las obligaciones asumidas. El reconocimiento apuntado implica una aproximación realista a la concreción de los derechos económicos, sociales y culturales sin que ello suponga debilitar la importancia de los compromisos que los Estados asumen respecto de sus habitantes al suscribir el Pacto, ni el carácter definitivamente operativo de los derechos allí consagrados.

Las restantes afirmaciones del GCBA deben desestimarse por su generalidad, carácter tautológico o franca inconsistencia (v.g.: fs. 53 y fs. 55).

En síntesis, los arts. 1, 2, 4 y 5 del decreto 960/08 son un camino de salida, la senda por la que el GCBA se retira del conflictivo escenario social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cerrando la puerta a cualquier política pública en materia de vivienda y excluyendo especialmente a las personas más vulnerables. Su carácter regresivo es evidente con la sola lectura, que da cuenta de la voluntad evasiva del demandado. Así, la norma impugnada transgrede la limitación impuesta a la reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales por la prohibición de regresividad. En este contexto, el articulado objeto de la acción se presume inconstitucional. Esto según el Comité con competencia para interpretar el PIDESC, que se manifestó al respecto en su Observación General n° 3, aquí transcrita en su parte pertinente.

Las defensas del demandado no resistieron el análisis más inmediato y menos aún han logrado justificar el dictado de los artículos 1, 2, 4 y 5 del decreto 960/08 que son inconstitucionales como ya he decidido en los apartados anteriores. La tacha de inconstitucionalidad arrastra la invalidez de la resolución 1554/GCBAMDSGC/08 en cuanto reglamenta a dichas normas.

Por las razones expuestas, corresponde declarar la inconstitucionalidad de los arts. 1, 2, 4 y 5 del decreto 960/08 y de su resolución reglamentaria 1554/GCBAMDSGC/08 en lo que a ellos refiere.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen del señor Fiscal General, por mayoría y como resultado de la votación que antecede,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Hacer lugar en forma parcial a la acción deducida y declarar la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 4 del decreto n°960/2008.

2. Imponer las costas por el orden causado (art. 25, ley n°4 02).

3. Ordenar que el Boletín Oficial de la Ciudad publique, dentro de los tres días posteriores a su recepción, la parte dispositiva de esta sentencia con la constancia que el texto completo se encuentra a disposición de cualquier persona en la sede del Tribunal Superior de Justicia.

4. Mandar que se registre, se notifique a las partes y al Sr. Fiscal General, se cumpla con lo dispuesto en el punto 3 y, oportunamente, se archive.

Fdo.: Casás; Lozano; Marum; Conde y Ruiz