



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

PROMUEVE ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Tribunal Superior de Justicia:

Laura C. Musa, en mi carácter de Asesora General Tutelar (Dec. 272/07, publicado en el Boletín Oficial N° 2630 del 22-02-07), con domicilio real en la calle French 2741, 8° piso, depto. "C" de esta Ciudad, y constituyendo domicilio en la calle Combate de los Pozos 155, piso 7° de esta Ciudad, a V.E. me presento y digo:

I. OBJETO DE LA ACCIÓN.

En el carácter invocado, vengo a promover la acción declarativa prevista por el artículo 113 de la Constitución local, y reglamentada por la ley 402, peticionando se declare la invalidez constitucional y la pérdida de vigencia (artículos 113, inciso 2° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y 24 de la ley 402) de las siguientes normas del Decreto 960/08 (sancionado el 4 de agosto de 2008, BOCBA N° 2992 del 13/082008) en tanto implican una violación a la prohibición de regresividad:

- el artículo 1° del Decreto 960/08, en tanto modifica el artículo 3° del Decreto 690/06.¹
- el artículo 2° del Decreto 960/08 que modifica el artículo 4° del Decreto 690/06.²
- el artículo 3° del Decreto 960/08, sólo respecto del último párrafo que incorpora al artículo 5° propuesto por este decreto.³
- el artículo 4° del Decreto 960/08, en tanto modifica el artículo 10 del Decreto 690/06.⁴
- el artículo 5° del Decreto 960/08, en tanto modifica el inciso b) del artículo 11 del Decreto 690/06.⁵

¹ Artículo 1°.- Sustitúyese el artículo 3° del Decreto N° 690/GCBA/06, el que quedará N° 2992 - 13/8/2008 Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires Página N° 5 redactado de la siguiente forma: "El programa otorga un subsidio con la finalidad de mitigar la emergencia habitacional de los residentes en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Su objetivo primordial es el fortalecimiento transitorio del ingreso familiar con fines exclusivamente habitacionales, debiendo los fondos otorgados estar destinados a cubrir gastos de alojamiento".

² Artículo 2° - Sustitúyese el artículo 4° del Decreto N° 690/GCBA/06, el que quedará redactado de la siguiente forma: "El presente programa asiste a las familias o personas solas en situación de calle efectiva y comprobable, entendiéndose por tal, a aquéllas 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 de este programa, a quienes por cualquier causal se hallaren en riesgo de ser desalojados o ante la inminencia de encontrarse en situación de calle."

³ La incorporación cuestionada es la siguiente: "La autoridad de aplicación podrá asignar asimismo prioridades en el otorgamiento del beneficio, y eventualmente extender los plazos previstos para el subsidio, de modo de atender reclamos según las particulares situaciones que puedan acaecer, teniendo presente el cumplimiento de las metas presupuestarias proyectadas anualmente."

⁴ Artículo 4° - Sustitúyese el artículo 10 del Decreto N° 690/GCBA/06, el que quedará redactado de la siguiente forma: "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."



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

- el artículo 7º del Decreto 960/08, en tanto incorpora el inciso c) artículo 14 del Decreto 690/06.⁶

Se solicita la declaración de inconstitucionalidad de estas normas por resultar violatorias de los artículos 14 bis, 16, 28, 31, 75, inciso. 22 y 23, 99 inciso 2, de la Constitución Nacional; artículo 25, inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 2, 4 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 5 inc. E de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; artículo 14 inciso 22 de la Convención por la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres, y demás normas mencionadas en este escrito, artículos 10, 11, 17, 20, 31 y 39 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, la Ley Nacional Nº 26.061 de Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la Ley Nº 114 de Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

II. COMPETENCIA DE V.E. PARA ENTENDER EN ESTE CASO.

La competencia de V.E. para entender en la presente acción resulta evidente ya que la acción declarativa de inconstitucionalidad "...tiene por exclusivo objeto el análisis de la validez de las leyes, **decretos** y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, anteriores o posteriores a la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para determinar si son contrarias a esa constitución o a la Constitución Nacional." (art. 17 de la ley 402).⁷

En esta acción se impugnan diversas normas contenidas en un decreto dictado por el Poder Ejecutivo Local, por lo que no existen dudas sobre la competencia del Tribunal para entender en este caso. Por otra parte, la pretensión esgrimida no intenta obtener un pronunciamiento judicial respecto de situaciones jurídicas particularizadas. Por el contrario, se limitan a requerir que V.E., a partir del control de razonabilidad, y por aplicación de la prohibición de regresividad, declare la invalidez constitucional de las normas cuestionadas y la pérdida de vigencia de las mismas. En consecuencia, resulta claro que la presente acción encuadra en los requisitos exigidos por el artículo 113, inciso 2º de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires⁸.

⁵ Artículo 5º.- Sustitúyese el artículo 11 del Decreto Nº 690/GCBA/06, el que quedará redactado de la siguiente forma: "...b) ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de dos (2) años..."

⁶ Artículo 7º.- Incorpórase al artículo 14 del Decreto Nº 690/GCBA/06, el siguiente texto: "c) por otras causales debidamente fundadas, previo informe técnico que así lo aconseje, de acuerdo se determine en la reglamentación."

⁷ El resaltado no obra en el original.

⁸ Cf., entre otros, caso "Massalin Particulares S.A. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" expte. Nº 31/99, resolución del 5 de mayo de 1999, ED, del 14/7/99.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

III. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA PROMOVER LA ACCIÓN.

El Ministerio Público tiene como función esencial promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (art. 1° de la ley 1903, y mod. Ley 2386), intervenir en los procesos en que se cuestione la validez constitucional de normas jurídicas de cualquier jerarquía, y en los que se alegare privación de justicia (art. 17, inc. 5 de la ley 1903 y mod. Ley 2386), y velar por la observancia de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y las leyes nacionales y locales (art. 17, inc. 6 de la ley 1903 y mod. Ley 2386).-.

La ley 402 de Procedimiento ante el Tribunal Superior otorga expresa legitimidad a los titulares del Ministerio Público para la interposición de la presente acción.

La legitimación de esta Asesoría General Tutelar para actuar en defensa de los derechos de los niños a través de la interposición de la acción declarativa de inconstitucionalidad también surge de las funciones conferidas por la ley 1903 en su arts. 19, inc. 1, 2, 5 y 9 y 46 inc. 1 y cc; y ha sido reconocida por este Tribunal en el caso caratulado "Asesoría General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" (Expediente N° 5541/07).

Es por ello que, en mi carácter de Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme el artículo 18 inciso 4° de la Ley 402 de Procedimientos ante el Tribunal Superior; me encuentro legitimada para interponer la presente acción declarativa de inconstitucionalidad, en defensa de los derechos de las personas menores de edad afectados o potencialmente afectados por las normas impugnadas, en su derecho al acceso a la vivienda adecuada (ver apartado V.1).

IV. BREVE RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE LA PRESENTE ACCIÓN.

La Constitución de la Nación, los tratados internacionales de derechos humanos y la normativa de la Ciudad de Buenos Aires garantizan el derecho a la vivienda adecuada.

Sin embargo, la Ciudad de Buenos Aires presenta un contexto social donde la relación entre infancia, pobreza y déficit habitacional resulta acuciante. Esta situación de precariedad o falta de vivienda adecuada es una de las manifestaciones, por excelencia, de la situación de exclusión social de los sectores más vulnerables, donde niños, niñas y adolescentes son siempre protagonistas.

Para abordar este fenómeno social, el Gobierno de la Ciudad ha implementado distintos programas de emergencia. De esta forma, en el año 2006 crea,



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

mediante el **decreto 690/06, un programa para atender la situación de emergencia habitacional consistente en la entrega de subsidios**; con los objetivos de fortalecer el ingreso familiar, exclusivamente con fines habitacionales, y de orientar a las familias en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional.

Recientemente se sancionó el Decreto 960/08 que introduce diversas modificaciones al Decreto 690/06, algunas de ellas necesarias, como la actualización de los montos de los subsidios. Sin embargo, otras de las reformas que aquí se impugnan implican retrocesos en la política pública destinada a proteger el derecho a la vivienda adecuada. Entre ellas, la eliminación del segundo objetivo mencionado consistente en orientar a los beneficiarios para encontrar soluciones definitivas al problema de la emergencia habitacional; la exclusión de medidas para evitar que las personas lleguen a estar en situación de calle como la entrega de subsidios a quienes de manera “inminente” pueden sufrir desalojos; la modificación a los requisitos para acceder al subsidio y su consecuente reducción del número de beneficiarios; y la introducción de normas que permiten la absoluta discrecionalidad de la administración para la caducidad del beneficio; entre otras cuestiones.

Las reformas implementadas implican un retroceso en el alcance y nivel de protección del acceso a la vivienda de los sectores más vulnerables y por tanto resultan inconstitucionales en razón de vulnerar el principio de progresividad y la prohibición de regresividad en materia de derechos, garantizado en la Constitución de la Nación, los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución de la Ciudad.

El Poder Judicial cuenta con atribuciones claras para declarar la inconstitucionalidad de las normas en cuestión, a través del ejercicio de su función como órgano de contralor de la legalidad y razonabilidad del accionar del Poder Administrador. En este marco, la prohibición de regresividad de las leyes constituye uno de los criterios rectores que el Poder Judicial debe aplicar.

Si bien es cierto que el diseño de las políticas públicas excede el marco de su competencia, cuando a través de la ejecución de programas se vulneran los derechos de las personas, el Poder Judicial es el órgano encargado de controlar las medidas adoptadas y proteger los derechos que se encuentran en juego. Esto implica que, más allá de la oportunidad, mérito, o conveniencia que se haya tenido en cuenta para el dictado de las políticas, si éstas no son razonables, en tanto son regresivas, el Poder Judicial puede realizar un estudio de compatibilidad y declarar la inconstitucionalidad de las normas que se encuentren cuestionadas. Lejos de vulnerar el sistema democrático y la división de poderes, el rol del Poder Judicial en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales lo fortalece al disponer de



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

medidas que implican la inclusión social de los grupos más desaventajados de la sociedad.

Las reformas que se implementen en materia de derechos económicos, sociales y culturales siempre deben optar por aquellas que impliquen una mejora en la protección de los derechos en juego. La prohibición de regresividad funciona como un control agravado de razonabilidad que los jueces deben hacer de las normas, y, cuando se acredita que las reglas en cuestión implican una regresión en materia de derechos, estas normas se presumen inconstitucionales. Esta presunción, a su vez, implica la inversión de la carga de la prueba, por lo que, en caso de dudas, el juez debe hacer lugar al cuestionamiento de las medidas impugnadas. El Estado no sólo debe dar razones para justificar la modificación de las reglas cuando éstas vulneran el principio de no regresividad, sino que además las justificaciones alegadas deben ser evaluadas bajo un escrutinio estricto.

Al respecto, es necesario tener presente que la eliminación de las normas impugnadas en nada obsta la continuidad inmediata del programa en cuestión, ni implica ningún diseño por parte del Poder Judicial de una política pública. Por el contrario, esta acción pretende invalidar las normas inconstitucionales, volviendo en cada uno de los casos a la aplicación directa de los artículos originales del Decreto 690/06, con las reformas del Decreto 960/08 que no significan un retroceso en la política pública.

Además de ello, no hay razones de índole presupuestarias para oponerse al progreso de esta acción. En efecto, muchas de las normas aquí impugnadas no implican ningún impacto sobre el presupuesto, como por ejemplo, el restablecimiento de los objetivos del programa. Por otro lado, el Poder Ejecutivo cuenta con herramientas para modificar partidas presupuestarias y garantizar de este modo los derechos aquí invocados, sobre todo teniendo en cuenta la absoluta prioridad que existe respecto de hacer frente a las necesidades de los grupos más desaventajados de la sociedad por razones económicas, y, en particular, de los menores de edad.⁹ Finalmente, mucho menos pueden alegarse razones presupuestarias si además la Ciudad cuenta con el dinero necesario para dar respuesta a la protección del derecho a la vivienda adecuada aquí reclamada, en razón de que subejecuta su presupuesto.

⁹ La propia Ley N° 2.571 de Presupuesto para el Ejercicio 2008 autoriza en su artículo 22 al Poder Ejecutivo a efectuar ampliaciones y reestructuraciones del presupuesto en tanto que el monto total anual de dichas modificaciones no supere el cinco por ciento (5%) del total del presupuesto. Esta normativa se condice con el propio Decreto 690/06 que en su artículo 17 dispone que la Dirección General de la Oficina de Gestión Pública y Presupuesto del Ministerio de Hacienda, arbitrará los medios para la reasignación de los créditos presupuestarios necesarios para el cumplimiento de este decreto. Esta norma tiene plena vigencia, ya que no fue reformada por el Decreto 960/08.

Además de ello, es importante tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sostiene que la falta de partidas presupuestarias no permite no cumplir con las obligaciones y violar de este modo los derechos sociales (casos "Tobar, Leónidas c/ E.N. Mro. Defensa Contaduría General del Ejército- Ley 25.453 s/ amparo -Ley 16.986"; 9 "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986" sentencia del 1° de junio de 2000; "Campodónico de Beviacqua" sentencia del 24 de octubre de 2000; y "Monteserin", entre otros).



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

La regresividad, que en materia de protección del derecho a la vivienda implica varias normas del Decreto 960/08, es inconcebible en el marco de la emergencia habitacional existente y reconocida por el propio Estado local. Esta contradicción no hace más que poner en evidencia el cuestionable accionar del Estado a través de la sanción del Decreto, la vulneración de los derechos de las personas más desaventajadas que implican muchas de las normas en él contenidas, y la imperiosa necesidad de la declaración judicial de inconstitucionalidad de éstas por parte de este Tribunal Superior de Justicia.

V. FUNDAMENTOS.

V. 1. Déficit habitacional, infancia y pobreza en la Ciudad de Buenos Aires.

El déficit habitacional en la Ciudad de Buenos Aires encierra, insoslayablemente, la cuestión social propia de la población infantil inmersa en situación de pobreza. La precariedad o falta de vivienda adecuada es una de las manifestaciones, por excelencia, de la situación de exclusión social de los sectores más vulnerables, donde niños, niñas y adolescentes son siempre protagonistas. La información cualitativa y los datos cuantitativos dan muestra de que los niños son los sujetos que, mayoritariamente, sufren la pobreza y por ello, el déficit habitacional.

Pobreza e infancia han devenido en nuestro país, características correlativas: el fenómeno de la infantilización de la pobreza se ha generalizado al punto de poner en cuestión el mejoramiento de cualquier indicador macroeconómico y social. Mientras se reducen casi todos los índices alcanzados con la crisis de fines de 2001, la pobreza y la ausencia de un nivel de vida mínimo, siguen impactando gravemente en los niños, niñas y adolescentes.¹⁰

En este sentido, si bien la pobreza asume una enorme variedad de formas y manifestaciones en el territorio; uno de sus emergentes estructurales es el déficit en la vivienda, sea por carencia o por precariedad en alguno de los múltiples aspectos que la componen.

Da cuenta de la relación entre pobreza y carencia de vivienda el índice de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI) utilizado en nuestro país: Esta medición empleada desde 1980 por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC)¹¹ considera pobre a “quien no tiene o no puede procurarse recursos suficientes para llevar una vida mínimamente decorosa, de acuerdo con los estándares implícitos en el estilo de vida predominante a la sociedad a la que pertenece”.

¹⁰ Cf. LOZANO, Claudio El hambre es un crimen. La infantilización de la pobreza en la Argentina. Instituto de Estudios y Formación. CTA. Año 2005.

¹¹ El INDEC cuenta con varias metodologías de medición, siendo la de NBI una de las utilizadas.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

Entre los siete indicadores de necesidades consideradas básicas para el desarrollo de la vida en sociedad, tres de ellos se relacionan directamente con la vivienda, a saber:

- Alojamiento y equipamiento doméstico mínimamente apropiado para el funcionamiento del hogar y el equilibrio psicofísico de sus miembros;
- Disponibilidad de agua potable y de sistemas de eliminación de excrementos que garanticen estándares sanitarios mínimos;
- Condiciones ambientales sanas, que posibiliten la realización de actividades esenciales para el desarrollo individual y la integración social.

Este predominio de los indicadores referidos a la vivienda indica la importancia que se le otorga en la definición de una adecuada calidad de vida y ponen de relevancia, una vez más, que el **fenómeno de la vivienda es una de las principales manifestaciones de la pobreza**.

La Ciudad de Buenos Aires presenta un contexto social donde la relación entre infancia, pobreza y déficit habitacional resulta acuciante: según algunos datos oficiales, las condiciones de precariedad más aguda y de emergencia, alcanzarían a un 15.1% de la población. Infancia y vivienda, vivienda y pobreza lejos de ser universos diversos, son facetas inescindibles que retratan la vida en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: los propios datos que publica la Administración Local muestran la asociación entre pobreza, infancia y problemática habitacional.

La última información oficial disponible proveniente de la Encuesta Anual de Hogares de la Ciudad correspondientes al año 2006 muestra la cara puntual de ese panorama en el distrito con mejores indicadores económicos y sociales de todo el país: **son los datos de una ciudad dual, de un espacio físico y social fragmentado que tiene a la infancia como territorio de la pobreza**.

El 7% de los hogares y el 11.6% de las personas que habitan en la Ciudad son pobres. **El 70.6% de los hogares pobres tiene presencia de niños menores de 14 años**. Casi un cuarto de estos hogares (24.4%), habita en viviendas consideradas no adecuadas o que presentan, por los datos disponibles, altos niveles de precariedad – inquilinatos, hoteles, pensiones, construcciones no destinadas a vivienda, ranchos o casillas y otras viviendas no clasificables. **El 26.1% de los hogares con niños se encuentran ubicados en el quintil 5 del ingreso per cápita familiar. El 48.9% de los hogares pobres con niños y niñas menores de 14 años tiene jefatura femenina**, lo que se entiende como un indicador que aumenta los niveles de vulnerabilidad de dichos hogares.

La pobreza se radica de manera privilegiada en el Sur de la Ciudad: en esta zona habita casi la mitad de los pobres (42.7%). Esta región se encuentra



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

dividida en dos zonas: la conformada por las Comunas 4 y 8¹², en las que reside el 28.4% de la población pobre (122180 personas); y la zona comprendida por las Comunas 1 y 3¹³ donde habita el 14.3% (59602 personas).

Estas zonas de la Ciudad han sido largamente caracterizadas por la falta de infraestructura que posibilite el acceso a servicios básicos para el desarrollo de una vida digna y por la depreciación de las condiciones habitacionales que prevalecen en ellas. En este sentido, se advierte una importante asociación entre pobreza y déficit habitacional en estos territorios:

-En la zona B, sobre 177374 viviendas, el 13.2% de ellas son precarias, mientras que en la zona C, sobre 129188 viviendas, a este tipo de vivienda no adecuada le corresponde el 12.2%.

-Son también los espacios que muestran los valores más altos respecto al hacinamiento crítico: en la zona C éste alcanza al 14.4% de los hogares mientras que es de un 10.2% en la zona B.¹⁴

-Las Villas de Emergencia de la Ciudad y NHT se encuentran mayoritariamente ubicados en esta zona – salvo la villa 31 y la 31 bis-. Lo mismo ocurre con los Complejos Habitacionales construidos por el Estado, y gran parte de los asentamientos informales de la Ciudad.

Los niños, niñas y adolescentes de la Ciudad representan al 33.3% de la población porteña: el 17.5% corresponde a los menores de hasta 14 años y un 15.8% al grupo de los adolescentes – 15 a 19 años-. **El 57.6% de esta población habita en la zona sur de la Ciudad:** el 33.8% en la Zona C y el 23.8% en la zona B, es decir, en las zonas más pobres y deficitarias en términos habitacionales de la urbe porteña. De la población de niños y niñas el 24.7% es pobre¹⁵. **En la zona sur de la Ciudad vive el 74% de los niños y niñas pobres:** el 41.5% de ellos reside en la Zona C mientras que el 32.5% lo hace en la zona B.

Algunos análisis a nivel de los espacios residenciales en el que habitan los niños y niñas confirma los datos anteriores: en las Villas de Emergencia, 37.3% de la población tiene menos de 15 años, y en los Inquilinatos, Hoteles, Pensiones y Casas

¹² Comprende los barrios de La Boca, Barracas, Parque Patricios, Nueva Pompeya, Villa Soldati, Villa Riachuelo, Villa Lugano. Se denomina Zona C.

¹³ Comprende los barrios Retiro, San Nicolás, Puerto Madero, San Telmo, Montserrat, Constitución, San Cristóbal y Balvanera. Se denomina Zona B.

¹⁴ Cf UNIDAD DE INFORMACIÓN, MONITOREO Y EVALUACIÓN (UIMyE) (2008) “Vivienda en la Ciudad de Buenos Aires. La situación en el 2006” Serie Informes de Condiciones de Vida. Documento n° 3. Ministerio de Desarrollo Social – GCABA.

Disponble en http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/des_social/evaluacion_programas/informes_condiciones_vida/Vivienda.pdf

¹⁵ Cf. UNIDAD DE INFORMACIÓN, MONITOREO Y EVALUACIÓN (UIMyE) (2008) “La situación de la niñez en la Ciudad de Buenos Aires. La situación en el 2006.” Serie Informes de Condiciones de Vida. Documento n° 5. Ministerio de Desarrollo Social – GCABA http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/des_social/evaluacion_programas/informes_condiciones_vida/Ninez.pdf



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

tomadas es el 27.2%. Por último, cabe recordar que los datos correspondientes al Censo 2001, mostraban que en promedio, la población en las Villas de Emergencia menor de 19 años, era del 45% (INDEC: 2001).

V. 2. El acceso a la vivienda adecuada como derecho humano. Su protección legal.

El acceso a la vivienda adecuada ha sido consagrado como un derecho humano fundamental (derecho social), tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en nuestro sistema constitucional. En este sentido, la vivienda adecuada se encuentra reconocida y protegida a través de diversas normas de la Constitución de la Nación y los tratados internacionales de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional, y de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la normativa local.

La firma, ratificación e incorporación constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos importa la asunción de la doctrina, los conceptos y la jurisprudencia que se produce en el sistema internacional de protección de los derechos humanos. En este sentido, el alcance del contenido del derecho a la vivienda adecuada, definido en el ámbito de protección internacional, constituye un piso mínimo insoslayable en el escenario de implementación de políticas internas de cada uno de los Estados.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación les ha reconocido el carácter de fuente interpretativa a la jurisprudencia de los organismos internacionales (conforme la jurisprudencia en los casos “Girolodi” (sentencia del 7 de abril de 1995, en JA, T.III.1995), “Arana” (sentencia del 19 de octubre de 1995), y en “Bramajo”, en el cual mencionó que “la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales...” (Sentencia del 12 de septiembre de 1996, Fallos 319:1840, consid. 8. En sentido coincidente, en los casos “Leonardo Ángel Sánchez Reisse”, Fallos 321:1328, “Acosta” (sentencia del 22 de diciembre de 1998, Fallos 321:355) y “Felicetti” (sentencia del 21 de diciembre de 2000, en LA LEY 2001-B, 64).

En particular, la Corte Suprema destacó la importancia de las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como interpretaciones autorizadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el caso “Aquino”. Sostuvo al respecto que “En este orden de ideas, cuadra poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

éste, por recordar los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.¹⁶ Esta doctrina, en consecuencia, otorga absoluta relevancia a las Observaciones Generales aquí citadas.

Asimismo, los Estados asumen una perspectiva o enfoque de derechos en la política social que se traduce, entre otros, en el compromiso de diseñar, planificar y ejecutar políticas y programas sociales respetuosos de los estándares de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos el principio de progresividad y la prohibición de regresividad de la política.

El enfoque de derechos completa el marco de protección jurídica de los derechos humanos, brindando una herramienta precisa en el caso de derechos económicos, sociales y culturales, y su consecuente política social. Es así que “los derechos humanos no son pensados en la actualidad tan sólo como un límite a la opresión y al autoritarismo, sino también como un programa que puede guiar u orientar las políticas públicas de los Estados y contribuir al fortalecimiento de las instituciones democráticas.”¹⁷

V. 2.1. Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos.

El derecho a la vivienda adecuada se encuentra consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. A su vez, los artículos 16 y 75, inciso 23 protegen la igualdad y establecen las medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato de las personas más desaventajadas de la sociedad, entre ellos, los niños.¹⁸

El artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos que garantizan el **derecho a la vivienda adecuada**. En efecto, consagran este derecho la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 25, inciso 1)¹⁹; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 11.1)²⁰; la Convención sobre los Derechos

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688. sentencia del 21 de septiembre de 2004.

¹⁷ Abramovich Víctor, Los estándares de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales” En revista CEPAL, N° 8, Año 2006.

¹⁸ El artículo 16 dispone: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.” En tanto, el artículo 75, inciso 23, establece: “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.”

¹⁹ La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en el artículo 25, inciso 1 que “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”

²⁰ El artículo 11 de Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece al respecto: “1. Los



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

del Niño (artículo 27. 1)²¹; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5 inciso. e.); la Convención por la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres (artículo 14, inciso 2); entre otros tratados internacionales de derechos humanos.

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 personal²²; el derecho a la salud, integridad y vida²³; y el derecho a la igualdad,²⁴ entre otros.

El alcance del derecho a la vivienda fue definido por los organismos internacionales competentes. En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 3 (La índole de las obligaciones de los Estados Parte), refiere: “Un Estado en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos, de las formas básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones. 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”.

Existe un umbral mínimo de satisfacción de los derechos por debajo del cual el Estado viola los derechos que debe garantizar. Más específicamente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha definido el contenido básico de algunos derechos. **En materia de vivienda, el Comité ha referido la obligación de los Estados de brindar acceso a un hogar, en condiciones sanitarias básicas, con suministro de agua limpia potable.**

El concepto de adecuación de la vivienda se vincula con el de dignidad y es así que el contenido de “adecuada” se interpreta en relación con la situación general del país (en el caso de la Ciudad) y con los medios económicos y financieros disponibles. Si bien el concepto de dignidad no implica lujo, ni propiedad, si importa

Estados Partes en el presente Pacto 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. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento...”

²¹ El artículo 27 dispone “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social...3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.”

²² Artículo 19 de la Constitución Nacional; 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y la privacidad (art. 18 de la C.N., art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²³ Artículos I y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²⁴ Artículo 16, 75 inciso 23 Constitución Nacional, y las demás previsiones sobre derecho a la igualdad y a la no discriminación.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

asumir la obligación de garantizar un contenido mínimo indisponible, vinculado a las condiciones de habitabilidad, salubridad, higiene y seguridad.

En 1992 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitió la Observación General 4 sobre derecho a una vivienda adecuada. Esta observación constituye una variable insoslayable al momento de definir el contenido del derecho a la vivienda y las obligaciones asumidas por el Estado. En este sentido, el derecho a la vivienda ha sido entendido como **vivienda adecuada. Es decir la vivienda se define como elemento central en la vida de las personas**, como medio fundamental para la supervivencia y para llevar una vida segura, independiente y autónoma. El acceso a la vivienda se enmarca como uno de los instrumentos fundamentales para garantizar igual capacidad para desarrollar una vida autónoma.

Concretamente la Observación General 4 en su párrafo 7 establece que: “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...”.

En esta Observación se establecen los parámetros para establecer si determinadas formas de vivienda se pueden considerar que constituyen una "vivienda adecuada" a los efectos del Pacto. En este sentido, se identifican siete estándares que deben ser considerados como elementos mínimos del contenido del derecho²⁵:

a) **seguridad jurídica en la tenencia**: los Estados deben garantizar que todas las personas gocen de cierto grado de seguridad brindándoles protección contra los desalojos y expropiaciones arbitrarias, los hostigamientos y otras amenazas. También deben proteger los derechos de los inquilinos contra las especulaciones del mercado. En este sentido, surge la obligación del Estado de implementar medidas para regularizar la tenencia de tierras y las condiciones de vida de quienes las habitan.

b) **disponibilidad de servicios, materiales, infraestructura**. La vivienda como un derecho importa el acceso al agua potable, cloacas, recolección de basura, energía eléctrica, gas, cercanía a medios de transporte públicos y todo aquello que haga a cuidado sanitario, la seguridad, la nutrición y la comodidad de los ciudadanos.

c) **accesibilidad económica**, a través de gastos soportables: Se debe garantizar la posibilidad de afrontar los gastos de una vivienda. Las personas no pueden verse

²⁵ Ampliando más esta nómina, Hábitat Internacional Coalición (HIC), una red de ONG que trabaja con el tema de la vivienda, desarrolló una herramienta de monitoreo que identifica 14 elementos constitutivos del derecho humano a la vivienda. Estos elementos se desprenden de las obligaciones que los estados contrajeron al ratificar diferentes tratados internacionales y otras leyes comúnmente aceptadas. Estos elementos son: seguridad de tenencia; bienes y servicios (entre los cuales se encuentra el agua, considerado un requisito esencial para un pleno derecho a la vivienda); accesibilidad económica, habitabilidad, accesibilidad física, ubicación, tradiciones culturales, libertad frente a posibles desalojos, información, capacitación, participación y libertad de expresión, realojamiento, ambiente saludable, seguridad y privacidad.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

sometidas a la vulneración de sus necesidades básicas para afrontar los gastos de vivienda. El Estado debe subsidiar a las familias.

d) **habitabilidad**: se trata de garantizar viviendas con capacidad de albergue suficiente, seguro y adecuado para la salud de los integrantes del hogar. La vivienda debe proteger a las familias de los riegos de las lluvias, vientos, el frío, la humedad, y/o cualquier otro factor que pueda afectar o poner en riesgo la salud. Asimismo la vivienda no puede implicar hacinamiento.

e) **Accesibilidad física**: la vivienda debe ser accesible para todos, sin distinción, pero debe darse consideración prioritaria a los grupos más vulnerables, como las personas con capacidades diferentes, las personas adultas y los niños.

f) **lugar adecuado**: la vivienda debe estar ubicada en lugares que permitan acceder fácilmente a los recursos laborales, a los servicios de salud, escuelas y de aquellos lugares que permitan acceder a otros derechos. No puede encontrarse en lugares con riesgo de contaminación.

g) **adecuación cultural**: las políticas de vivienda deben ser capaces de respetar la identidad cultural y la diversidad de las poblaciones involucradas.

V. 2. 2. Normativa de la Ciudad de Buenos Aires.

La legislación local de la Ciudad de Buenos Aires completa el marco normativo nacional de reconocimiento y protección del derecho a la vivienda de sus habitantes, y especialmente de aquellos que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad social.

A partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, Buenos Aires adquiere status de Ciudad Autónoma. En esta nueva etapa comienza un proceso de reforma institucional que, en materia de protección normativa y jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales, adhiere a los conceptos del sistema internacional de protección de los derechos humanos.

La Ciudad sancionó una Constitución que compromete la construcción de un Estado Social de Derecho, y es uno de los cuerpos normativos más modernos en materia de reconocimiento de derechos y establecimiento de garantías ciudadanas. Se trata de una constitución basada en los lineamientos del constitucionalismo social, que amplía el catálogo de responsabilidades del Estado local, a fin de garantizar los derechos sociales. En su artículo 17 establece: “La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades”

En particular, la Ciudad de Buenos Aires reconoce el derecho de todos los habitantes a la vivienda adecuada y pone en cabeza del Estado local la obligación



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

de respetar, proteger y garantizar este derecho, así como el derecho a la protección de la autonomía personal, salud y el acceso a la educación, derechos intrínsecamente relacionados con el aquí analizado.

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en su artículo 10 establece que: “Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos.” Por su parte, el artículo 11 dispone que: “Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley.”

El artículo 31 garantiza el derecho a la vivienda. Establece: “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.”²⁶

En lo que se refiere a los derechos de los niños, el artículo 39 establece que “La Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral... Se otorga prioridad, dentro de las políticas públicas, a las destinadas a las niñas, niños y adolescentes...” La Ley 114 de Protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires, establece en su artículo 6º “Efectivización de derechos. La familia, la sociedad y el Gobierno de la Ciudad, tienen el deber de asegurar a niñas, niños y adolescentes, con absoluta prioridad, la efectivización de los derechos a la vida, a la libertad, a la identidad, a la salud, a la alimentación, a la educación, a la vivienda, a la cultura, al deporte, a la recreación, a la formación integral, al respeto, a la convivencia familiar y comunitaria, y en general, a procurar su desarrollo integral.”²⁷

En definitiva, la normativa local fortalece y amplía el universo legal de protección del derecho a la vivienda adecuada de los habitantes de la Ciudad, y en consecuencia, reglamenta y amplía las obligaciones asumidas en materia de respeto, protección y satisfacción de los derechos sociales. En este sentido, asume un enfoque

²⁶ El resaltado no obra en el original.

²⁷ Por su parte, la “Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” N° 26.061, en su artículo dispone: “Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.”



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

de derechos en materia de políticas sociales y por ello se compromete a diseñar, planificar y ejecutar políticas sociales acordes con los estándares de protección de los derechos sociales.

V. 3. Principio de progresividad y prohibición de regresividad.

Tanto en el derecho internacional como en el sistema constitucional nacional y local, al que hicimos referencia precedentemente, se han definido distintos criterios rectores de las políticas dirigidas a intervenir en materia de derechos sociales. En este marco, uno de los imperativos estructurales a la hora de evaluar la adecuación de una norma a los postulados y reglas del derecho de los derechos humanos es el llamado estándar legal de no regresividad o prohibición de regresividad de la política. **Este principio impone claras obligaciones en cabeza de los Estados, los que tienen absolutamente vedado el retroceso en la protección de los derechos humanos.**

Como ya se mencionó, nuestra Constitución local reconoce en el inc. 1 del artículo 31 el derecho a una vivienda digna y un hábitat adecuado, para lo cual establece que la Ciudad “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” tal la situación de mis representados.”²⁸

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 26 dispone respecto de los derechos económicos, sociales y culturales la cláusula de Desarrollo Progresivo que establece “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. En diversas Observaciones Generales se establece la obligación del Estado de demostrar que ha considerado las medidas alternativas y que existen razones de peso para preferir la que haya tomado.”²⁹

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que cuenta con jerarquía constitucional, consagra el derecho a la vivienda en su artículo 11. También dispone la obligación de los Estados de adoptar de manera progresiva los medios apropiados para lograr la plena efectividad de los derechos en él

²⁸ El resaltado no obra en el original.

²⁹ El resaltado no obra en el original.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

consagrados. De esta manera, el artículo 2º dispone “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, **para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.**”³⁰

La Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció el alcance de esta obligación internacional en el caso “Aquino” en el que declaró la inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley de Riesgos de Trabajo que dispone la eximición de responsabilidad civil al empleador en casos de accidente de trabajo. Afirma al respecto que el citado art. 2.1 tiene como consecuencia que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con 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” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 1 del art. 2 del Pacto, 1990, HRI/GEN/1/Rev.6, pág. 18, párr. 9); asimismo: Observación General N° 15, cit., pág. 122, párr. 19, y específicamente sobre cuestiones laborales: Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (art. 6º) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, presentado por Phillipe Texier, miembro del Comité, E/C12.2003/7, pág. 14, párr. 23.”³¹

En este sentido, la Corte afirma la importancia de la cláusula de progresividad en materia de derechos humanos en tanto considera que constituye “un principio arquitectónico del Derecho Internacional de Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular”³². Asimismo, agrega en el caso “Milone”, que una interpretación conforme con el texto constitucional indica que la efectiva protección al trabajo dispuesta en el art. 14 bis se encuentra alcanzada y complementada, en las circunstancias sub examine, por el mandato del art. 75, inc. 23, norma que, paralelamente, asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales. Así lo preceptúa también el principio de progresividad asentado en el art. 2.1 del citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

³⁰ El resaltado no obra en el original.

³¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688, sentencia del 21 de septiembre de 2004.

³² Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688, sentencia del 21 de septiembre de 2004.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

en concordancia con su art. 11, inc. 1, por el que los estados han reconocido el derecho de toda persona "a una mejora continua de las condiciones de existencia".³³

De ello surge la idea de progresividad que implica, por un lado, la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, y, por el otro, la asunción de la obligación de no regresividad.

Esta progresividad permite cierta gradualidad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, el Estado puede dictar diversas medidas para la protección de los derechos, e ir mejorando las condiciones de ejercicio de los mismos. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresa en su Observación General N° 3 que "El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo."

Ahora bien, el principio de progresividad también importa la obligación de no regresividad. En otros términos, el **principio de progresividad veda al Estado es la posibilidad de dictar medidas que impliquen un retroceso en esta materia**. En este sentido, la obligación de progresividad prevista en el Pacto impide a los Estados retroceder en el avance de la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales. De esta manera, cuando el Estado diseñó o implementó medidas tendientes a garantizar estos derechos, luego no puede revertirlas o reemplazarlas por medidas menos protectoras.

Los "Principios de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales" elaborados por un grupo de expertos en 1997,

³³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Milone, Juan Antonio c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente - ley 9688. . Sentencia del 26 de octubre de 2004.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

establecen al respecto que las acciones directas de los Estados o de otras entidades no reguladas adecuadamente por el Estado pueden resultar en violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. En dichas directrices se incluyen como ejemplos de estas violaciones, las siguientes: “(a) La anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento; ... (d) La aprobación de cualquier legislación o política que sea claramente incompatible con las obligaciones legales preexistentes relativas a estos derechos, salvo cuando esto se hace con el propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables; **(e) La adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos...**”³⁴

El Estado no puede adoptar políticas, medidas o prácticas “regresivas” que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales. Ello porque al tiempo que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, se compromete a no reducir los niveles de protección vigente. De esta forma, una vez puesto en vigencia un programa determinado, que implica el acceso a determinados derechos sociales, de acuerdo con cierta modalidad, no puede mediante ley, decreto o prácticas modificar el programa en términos regresivos, o lo que es lo mismo limitando sus alcances.

Comprobado que una norma o acto estatal, en materia de política social, es regresivo, pues constituye un retroceso respecto del status anterior del derecho afectado, el acto se presume ilegal. En este sentido, alegada y demostrada la regresividad de una política o programa, opera la presunción de ilegitimidad y es el propio Estado el que deberá, a partir de la inversión de la carga de la prueba, demostrar fundadamente que la medida adoptada es justificada y absolutamente necesaria

En particular, los Dres. Ruiz y Maier, jueces de este Tribunal Supremo de Justicia reconocieron esta prohibición respecto del derecho a la vivienda. En este sentido, la Dra. Ruiz sostiene en el caso “Moravito, Pilar Rosa c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” que “El Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar —lo que no ha ocurrido en estos autos— por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la

³⁴ Estos principios han sido utilizados por el Comité de Derechos Económicos y Sociales para analizar los informes y realizar distintas observaciones. El resaltado no obra en el original.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

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”.³⁵

En definitiva, la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos imponen al Poder Legislativo y Ejecutivo respecto de las posibilidades de reglamentación de estos derechos. De esta manera, el principio mencionado prohíbe al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos sociales de los que goza la población.

V. 4. El principio de no regresividad como criterio en control judicial de razonabilidad de las normas.

Señala Courtis que existen dos nociones de regresividad: regresividad de resultados y **regresividad normativa**. Esta última puede aplicarse a normas jurídicas. 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.”³⁶

Mientras que el análisis de la progresividad de resultado requiere un estudio empírico más complejo, el estudio de regresividad normativa resulta más sencillo, pues basta con comparar las normas en cuestión y mostrar que la reforma implica un retroceso en la protección de los derechos invocados.

Este control de regresividad normativa es propio del control de legalidad y **razonabilidad que debe ejercer el Poder Judicial como garante del respeto de la ley**. Ello, en tanto, la idea de un derecho pleno se alcanza cuando existe algún Poder del Estado legitimado para intervenir en caso de incumplimiento de alguna obligación estatal o vulneración de un derecho por acción del propio Estado.

Al respecto, Courtis y Abramovich afirman que “La obligación de no regresividad constituye justamente uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales que resulta directamente aplicable por el Poder Judicial”.³⁷

Este principio, en nuestro sistema, funciona como un **criterio de control de la razonabilidad** de las leyes y reglamentos que realiza el poder judicial en función de la garantía del debido proceso contenida en el artículo 28 de la Constitución Nacional. Afirman los autores que: “En efecto, la obligación de no regresividad implica

³⁵ Expte. n° 5033/06: “Moravito, Pilar Rosa c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 11 de diciembre de 2007.

³⁶ Christian Courtis, “Ni Un Paso Atrás. La Prohibición De Regresividad En Materia De Derechos Sociales”, Editores del Puerto. Año 2006.

³⁷ Víctor Abramovich y Christian Courtis. “Los derechos sociales como derechos exigibles”. Editorial Trotta. Año 2002.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar

un control ‘agravado’ del debido proceso sustantivo...Evidentemente, un mismo derecho puede ser pasible de varias reglamentaciones razonables, de modo que el principio de razonabilidad excluiría las reglamentaciones irrazonables, pero permitiría que legislador o al Poder Ejecutivo escoja dentro de las opciones razonables, la más conveniente de acuerdo a su apreciación política. La obligación de no regresividad agrega a las limitaciones vinculadas con la racionalidad, otras limitaciones vinculadas con criterios de evolución temporal e histórica: aún siendo racional, la reglamentación propuesta por el legislador o por el Poder Ejecutivo *no puede empeorar la situación de reglamentación del derecho vigente*, desde el punto de vista del alcance y amplitud de su goce. De modo que, dentro de las opciones de reglamentación posible, los poderes políticos **tienen en principio vedado** elegir supuestos de reglamentación irrazonable y, *además, elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos, sociales y culturales vigentes*”.³⁸

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido la competencia del Poder Judicial en la revisión de la razonabilidad de las normas. Al respecto, afirma que “Las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran, o cuando consagran una manifiesta inequidad” (Fallos 299:428).³⁹

Además, sostiene expresamente que una de las pautas que debe evaluarse a la hora de efectuar este control de razonabilidad es la posible violación al principio *alterum non laedere*. Al respecto, la Corte afirma sobre el alcance de este principio que “...si se trata de establecer recomendaciones legales en el ámbito de protección de los derechos de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican “alterar” los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28).”⁴⁰ En consecuencia, siguiendo la jurisprudencia de la Corte, a la luz del principio de razonabilidad el Poder Judicial debe analizar si las normas implican limitaciones que alteren la amplitud de los derechos.

El principio de no regresividad, entonces, constituye una pauta de análisis, en ejercicio de la función judicial de control de legalidad de las normas, para evaluar su razonabilidad en los términos de los artículos 28, 31, 75, inciso 22 y 99 inciso 2, de la Constitución Nacional, el artículo 4 del Pacto Internacional del Derechos

³⁸ Víctor Abramovich y Christian Courtis. “Los derechos sociales como derechos exigibles”. Editorial Trotta. Año 2002. El resaltado no obra en el original.

³⁹ La Corte Suprema de Justicia analizó la razonabilidad de diversas normas relacionadas en el derecho laboral en los casos “Rolón, Zapa”, sentencia del 30/10/1986, “Vega, Humberto c/ Consorcio de Propietarios del Edificio Loma Verde s/accidente”, entre otros.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688, sentencia del 21 de septiembre de 2004.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

Económicos, Sociales y Culturales, así como también el artículo 10 de la Constitución de la Ciudad.

En consecuencia, el Poder Judicial tiene plena competencia en el marco de sus funciones para evaluar las normas que aquí se están cuestionando y declarar su inconstitucionalidad.

V. 5. Modificaciones inconstitucionales introducidas por el Decreto 960/08.

Como ya he señalado, con fecha 4 de agosto de 2008, el Jefe de Gobierno dictó el Decreto 960/08 mediante el cual se modifica el Decreto N° 690/06.

Si bien, en algunos aspectos, el Decreto 960/08 no violenta los derechos consagrados con anterioridad sino que significa una adecuación a la realidad actual a la que es aplicada (por ejemplo respecto de la actualización de los montos del subsidio conforme al actual costo de vida); en otros aspectos, los que aquí se impugnan, la nueva normativa constituye un indiscutible retroceso en la protección del derecho a la vivienda adecuada.⁴¹

Es importante tener en cuenta que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya se manifestó sobre la necesidad de que los Estados parte protejan el derecho a la vivienda acrecentando los subsidios otorgados. En efecto, en relación al informe periódico de Colombia del año 2007 el Comité, con motivo de la inquietud considerable de subsidios para la vivienda, instó al Gobierno “a adoptar medidas destinadas a acrecentar los subsidios de vivienda, especialmente en las provincias más pobres”.⁴² El Comité manifestó su preocupación respecto del hecho de “que los subsidios de vivienda hayan sido reducido considerablemente y de que en las provincias de Sucre, Córdoba, Bolívar y Magdalena, entre otras, las condiciones de vida son inadecuadas y la calidad estructural de las viviendas sea mediocre”. En este sentido, recomendó “la adopción de un sistema de financiación de viviendas para personas de pocos recursos que dé a los más pobres la posibilidad de acceder a una vivienda adecuada”.⁴³

V. 5. 1. Objetivos del Programa.

El primer aspecto en el que el Decreto 960/08 resulta regresivo respecto del Decreto 690/06 es en el cambio de los objetivos del programa.

⁴¹ Al respecto, se modificó uno de los requisitos para acceder al programa. El Decreto 690/06 requería que las personas se encuentren en situación de indigencia y el Decreto 960/08 ahora establece como estándar que se encuentren bajo la línea de pobreza. Esta reforma no significa en sí misma una mejora en razón de que las personas que se encuentran en situación de calle son indigentes. En este sentido, el Decreto actual no implica avance alguno en la protección del derecho a la vivienda.

⁴² Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/1/Add.74, 6 de diciembre de 2001, párr. 42.

⁴³ Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/1/Add.74, 6 de diciembre de 2001, párr. 42.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

En efecto, el Decreto 690/06, en su artículo 3° establece que “El programa “Atención para Familias en Situación de Calle”, tiene como objeto el otorgamiento de subsidios a fin de brindar asistencia a las familias en situación de calle, fortaleciendo el ingreso familiar, exclusivamente con fines habitacionales y **la orientación de aquéllas en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional.**”⁴⁴

Por su parte, el Decreto 960/08 reforma el citado artículo, y establece la modificación de uno de los objetivos y elimina el segundo de ellos, que era central para la protección de los derechos en juego. El artículo 1° del nuevo decreto que se sancionó dispone: “El programa otorga un subsidio con la finalidad de **mitigar** la emergencia habitacional de los residentes en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Su objetivo primordial es el fortalecimiento **transitorio** del ingreso familiar con fines exclusivamente habitacionales, debiendo los fondos otorgados estar destinados a cubrir gastos de alojamiento”.⁴⁵

De esta manera, se excluye como objetivo de la política pública una de las obligaciones ya auto impuesta por el propio Gobierno de la Ciudad, que generaba un nivel mínimo en el acceso a la vivienda adecuada: la orientación de las familias en situación de calle en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional; principio que formaba parte del Decreto 690/06; que lo precede. A través de esta derogación, **el Estado produce un cambio radical en su política pública, limitando su intervención a una atención parcial, más focalizada que la que preveía anteriormente y por ello, decididamente regresiva.**

Mientras que con anterioridad a la sanción del Decreto 960/08 el Estado se ocupaba de brindar asesoramiento para que las familias solucionen su problema habitacional, con esta reforma limita a su actuación al mero asistencialismo, dejando de lado el deber ya asumido de brindar orientación para que las familias puedan, en forma autónoma y más estable, superar la situación de crisis habitacional. El subsidio funciona como un paliativo que atiende a la situación emergente que padecen las personas que se encuentran en situación de calle, pero no es acompañado por ninguna otra respuesta más integral. Es decir, el Estado traslada a los afectados la responsabilidad por su situación habitacional y no genera ninguna solución real y efectiva.

Es claro que la atención de la urgencia no brinda soluciones al problema de la emergencia habitacional que requiere, además de medidas rápidas, políticas que no se limiten a “emparchar” la emergencia sino que brinden herramientas útiles para que las familias superen la situación que padecen.

⁴⁴ El resaltado no obra en el original.

⁴⁵ El resaltado no obra en el original.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

Esta posición del Estado lejos de garantizar los derechos involucrados, tiene como consecuencia fomentar la dependencia de las personas de la asistencia de Estado, con las consecuencias que esto trae en la construcción de sus identidades subjetivas. En otros términos, en estos modelos de intervención, la política social se agota en los programas sociales focalizados, reproduciendo el *statu quo* y legitimando identidades tuteladas.⁴⁶

Esta reforma a los objetivos pone en evidencia que el Estado desconoce el enfoque de derechos, y asume una actitud más propia de una institución filantrópica o de beneficencia. De esta manera, el Estado se comporta como quien realiza una ayuda social, desconociendo su obligación de garantizar el acceso a una vivienda adecuada, como consecuencia del reconocimiento normativo de los derechos sociales de las personas que habitan en la Ciudad.

Este recorte en el objetivo programático resulta restrictivo, en tanto acota la forma de mirar la problemática habitacional y en consecuencia limita su abordaje a la acción de mitigar. Esta limitación pone en vista un criterio residual para la atención de las familias destinatarias, reflejando el “achicamiento” de la agenda del Programa “Atención para las Familias en Situación de Calle”.

El Programa de Atención para las Familias en Situación de Calle constituye una política pública; entendiendo por tal el “sistema de decisiones gubernamentales que a través de acciones u omisiones definen un problema de la realidad de uno o más sectores de la vida social” (Landini, 2003). Es entonces que decidir recortar los alcances programáticos vinculados a la búsqueda de solución a la problemática habitacional supone una decisión de la política pública, muy propia del paradigma de focalización de las políticas sociales. Reconocemos en la acción de “mitigar” la emergencia habitacional y en la “transitoriedad” del fortalecimiento del ingreso familiar, dos de los supuestos principales de este paradigma (García Delgado, 2003). Al decir de este autor “la consideración transitoria y estática de las necesidades básicas, hace que también la pobreza sea considerada un estado transitorio en la sociedad. Esta concepción lleva a generar mecanismos de respuesta de carácter puntual y por lo tanto ineficientes para la solución de la misma”.

En este orden de ideas, se ha perdido la visión de largo plazo. Sin embargo, “por más urgentes que sean los problemas que hoy se experimentan, es preciso tener una **estrategia de mediano y largo plazo que oriente las decisiones que se toman para atender la emergencia**” (Rapoport, 2002).

Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ya se ha expedido sobre la importancia de los objetivos propuestos por el Decreto 690/06 en el marco de la

⁴⁶ Duschatzky Silvia (comp) Tutelados y Asistidos. Programas sociales, políticas públicas y subjetividad. Buenos Aires, Año 2000.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

política pública habitacional. En el caso “B.M. y otros c/ GCBA s/ amparo” (Expte. 4757/06), el Dr. Casás y la Dra. Conde en su voto, se manifestaron expresamente sobre la importancia de la obligación contenida en la última parte del artículo 3º del Decreto 690/06 que la nueva normativa derogó. En este sentido, sostienen en relación a esta norma que “De la lectura del artículo se desprende que bajo esta nueva regulación el Estado local se ha auto impuesto dos obligaciones: 1) otorgar un subsidio monetario para afrontar el pago de alojamiento y 2) orientar a las familias en la búsqueda de estrategias de solución a su problema habitacional.”⁴⁷ Entienden que **esta política contemplada por las dos obligaciones mencionadas se condice con la obligación constitucional de garantizar el derecho a la vivienda digna**. Al respecto manifiestan que “Esta interpretación —que liga ambas acciones debidas por el Estado a un resultado positivo— resulta armónica con la realización del fin constitucional previsto en el art. 31 de la CCABA. En primer lugar, porque se tiene en cuenta la mayor amplitud del compromiso, en los términos del decreto nº 690/06, destinado a encontrar una solución en materia de tutela social y, además, porque claramente encuentra fundamento en la realidad socio-económica actual, diferente a la de años anteriores. A la fecha, atenuada la gravísima crisis económica suscitada a partir del año 2001 durante la cual, frente a la falta de demanda de empleo, sólo se pudo atemperar la situación de precariedad en materia de vivienda mediante subsidios, alojamiento en hoteles o en albergues públicos, el Gobierno ha asumido la tarea de colaborar y guiar a quienes se encuentran en esta situación para solucionar el problema habitacional. Corresponde a los poderes políticos estructurar las políticas y planes para dar satisfacción a la segunda parte de lo dispuesto en el régimen tutelar previsto en el Decreto 690/06.”⁴⁸ Al respecto, se aclara que para el logro de este objetivo, el Estado requiere de la participación y compromiso de los asistidos y que el éxito de este tipo de programas también reside en la renovación de beneficiarios para así poder atender a la mayor cantidad de personas que pudieran requerir la ayuda estatal.

En consecuencia, en el voto citado surge con total claridad el avance que implicó el Decreto 690/06 en relación a la norma anterior que reemplazó, en el sentido de implica una **política con capacidad de generar un mejor estándar de calidad en el acceso al derecho de vivienda adecuada**.

Para ser aún más ilustrativa, vale recordar que el Dr. Lozano, además de adherir al voto citado, agrega que “El giro que asume la política para superar el déficit de vivienda a partir de la vigencia del decreto 690/06 no es menor. A diferencia de lo que ocurría en el régimen anterior (vgr. art. 10 del decreto 895/02) la propuesta de salida estable que condicionaba la extensión del subsidio, ahora, no está

⁴⁷ Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, caso “B.M. y otros c/ GCBA s/ amparo” (Expte. 4757/06), resolución de fecha 25 de abril de 2007.

⁴⁸ Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, caso “B.M. y otros c/ GCBA s/ amparo” (Expte. 4757/06), resolución de fecha 25 de abril de 2007.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

exclusivamente a cargo del beneficiario sino que requiere que la Administración brinde orientación en la materia. La discontinuidad del subsidio queda ligada a una actividad conjunta del requirente y la autoridad de aplicación para superar la situación de calle.”⁴⁹

Tan coincidente en la jurisprudencia del Tribunal que, en virtud del mismo razonamiento, ha reconocido que la obligación de entrega del subsidio subsiste **hasta tanto se dé una solución definitiva al problema habitacional de las personas que lo necesitan**. Al respecto, Lozano caso “Moravito, Pilar Rosa c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” afirmó que “4. Así explicado el alcance de las obligaciones a cargo del GCBA, cabe concluir que, ni los pagos efectuados en concepto del programa creado por el decreto 895/02, ni los acordados desde la inclusión en el régimen del decreto 690/06 permiten tener por agotadas las prestaciones allí previstas. Esto último pues, conforme a los fundamentos desarrollados en los puntos precedentes, el demandado debió acreditar, y no lo hizo, el cumplimiento de las pautas que para asignar el beneficio habitacional dispone el decreto 690/06 (punto 2 de este voto), así como el acatamiento de las previsiones establecidas en el art. 3 de esa norma (punto 3 de este voto). En tal sentido, el recurrente no muestra que la incorporación de la actora en el ‘Registro de la Unidad de Administración de Beneficiarios del instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires’ configure actualmente una solución a su problemática habitacional. 5. Todo lo dicho es suficiente para resolver el recurso del GCBA sin que sea necesario expedirse sobre los restantes planteos formulados. En consecuencia, voto por hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad y confirmar la sentencia de Cámara —que, a su vez, confirma la de primera instancia— en cuanto ordena al GCBA que “brinde una adecuada cobertura de la emergencia habitacional a la actora y su grupo familiar” en el marco de los programas de emergencia habitacional, regulados actualmente por el decreto n°690/GCBA/06.”⁵⁰

Tal como lo analiza este Tribunal Superior, el Gobierno de la Ciudad ha ido dictando diversas normas que progresivamente han avanzado en la protección del derecho a una vivienda adecuada. En este sentido, el Decreto 607/97 creó el Programa Integrador para Personas o Grupos Familiares en Situación de Emergencia Habitacional, cuyo objetivo era brindar asistencia social transitoria a grupos familiares sin recursos económicos que transiten una situación de emergencia habitacional, proporcionando orientación y asistencia para solucionar dicha emergencia. A través de este programa el Gobierno prestaba asistencia a personas y familias sin techo, otorgándoles alojamiento en dormitorios de hoteles. Para ello, subsidiaba directamente a los hoteles. Si bien el programa era transitorio, el Gobierno continuó brindando

⁴⁹ Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, caso “B.M. y otros c/ GCBA s/ amparo” (Expte. 4757/06), resolución de fecha 25 de abril de 2007.

⁵⁰ Expte. n° 5033/06: “Moravito, Pilar Rosa c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 11 de diciembre de 2007.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

asistencia aún vencidos los plazos establecidos legalmente. Luego de ello, el Decreto 895 modificó los programas existentes. A partir de la entrada en vigencia del decreto, se estableció, como forma de prestación, la entrega de un subsidio habitacional a familias en situación de calle. Dicho subsidio consistía en la entrega, por única vez, de \$ 1800 por familia, a pagarse en un máximo de seis cuotas mensuales. Además, el programa preveía que las familias alojadas en hotel dejaran de ser beneficiarias del decreto 607 y, a cambio, cobraran un subsidio por única vez. Este decreto también contaba con medidas para lograr la solución definitiva del programa habitacional.

Siguiendo esta línea, el Decreto 690/06 contempla claramente los dos objetivos: la entrega del subsidio para paliar la situación de emergencia actual o inminente y la orientación destinada a encontrar una solución definitiva al problema habitacional. Este avance ha sido reivindicado por el Tribunal Superior de Justicia en los fallos citados, en los que hace especial hincapié en la importancia de la existencia de la segunda de las obligaciones, al punto de disponer la continuidad del subsidio para el caso en que ésta se encuentre incumplida.

Este progreso en la política pública para hacer frente a la crisis habitacional y garantizar el derecho a la vivienda digna de los habitantes de la Ciudad, ha sido desvirtuado absurdamente por el Poder Ejecutivo a través del dictado de la norma aquí impugnada del Decreto 960/08.

La modificación que en los objetivos del programa introdujo el Poder Ejecutivo parece tener la clara intención de quitar del sistema la norma sobre la cual el Tribunal sustenta su jurisprudencia. En efecto, el poder administrador, a través del dictado de este Decreto parece desestimar la jurisprudencia unánime y pacífica de este Tribunal, desconociendo las virtudes de doctrina en tanto dispone claras consecuencias sobre los derechos de las personas afectadas en su calidad de vida diaria: según la jurisprudencia de este Tribunal, quienes se encuentran en situación de calle y han recibido subsidios tienen el derecho a continuar con la prestación hasta tanto se dispongan las medidas tendientes a la orientación para la solución definitiva para la crisis habitacional que padecen.

El Poder Ejecutivo tiene vedado, por la prohibición de regresividad, dictar normas que impliquen un retroceso en la protección del derecho a la vivienda que implica el Decreto 690/06 y la consecuente jurisprudencia del Tribunal Superior.

En consecuencia, la modificación propuesta por el Decreto 960/08 (art. 1) en tanto reforma el objetivo de brindar asistencia por la idea de “mitigar” la emergencia sin ofrecer ningún programa o asistencia alternativa que se ocupe de la necesidad de obtener una solución definitiva al problema de la vivienda, e incorpora la transitoriedad de las medidas en reemplazo de la política de solución de la



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

problemática habitacional, resulta claramente un retroceso en la protección del derecho a la vivienda digna.

V. 5. 2. Población destinataria.

El segundo aspecto en el que el Decreto 960/08 resulta regresivo es el relacionado con la reducción de la población destinataria del subsidio.

El Decreto 690/06 en su artículo 4° prevé: “El presente programa asiste a familias o personas solas en situación de calle, entendiéndose por tal a aquéllas que se encuentran en **inminente** situación de desamparo habitacional, o se hallen transitoriamente sin vivienda o refugio por causa de desalojo u otras causas y que reúnan las condiciones previstas en el artículo 8° del presente decreto.”⁵¹

El Decreto 960/08 en su artículo 2° establece que “El presente programa asiste a las familias o personas solas en situación de calle **efectiva y comprobable**, entendiéndose por tal, a aquéllas 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. De esta forma, se elimina **como beneficiarios de este programa, a quienes por cualquier causal se hallaren en riesgo de ser desalojados o ante la inminencia de encontrarse en situación de calle, universo poblacional que hasta el momento sí era asistido a partir del anterior decreto.**”⁵²

De esta forma, se evidencia que el Decreto 960/08 reduce la población destinataria a las personas o familias en situación de calle; desestimando las circunstancias que contemplaban los decretos antecedentes⁵³ en esta materia, respecto de la atención de personas o familias “**en riesgo de ser desalojados o ante la inminencia de encontrarse en situación de calle**”. Ello además se realiza sin que el GCBA haya puesto en funcionamiento otro tipo de asistencia para quienes ahora quedan excluidos del subsidio, dejándolos sujetos al pleno azar, lo que fortalece aún más el criterio regresivo de esta norma.

Por otra parte, con la modificación impuesta por el Decreto 960/08, el Estado abandona su obligación preventiva, con miras a evitar que las situaciones de precariedad habitacional se agudicen. El Estado local no sólo desiste de su obligación, ya auto impuesta con el decreto anterior, de asistir en la etapa de amenaza a las condiciones de habitabilidad de las familias, sino que requiere que se lleven a sus

⁵¹ El resaltado no obra en el original.

⁵² El resaltado no obra en el original.

⁵³ Acerca de este punto, vale la pena señalar algunos antecedentes. En el año 2005 el Decreto 97/06 amplió los efectos del Decreto 1234/04 que efectivizaba la asistencia a familias en situación de calle que se encontraran alojadas en hoteles de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, clausurados administrativamente. Dicha ampliaciones obedecían a la consideración de la totalidad de las personas y/o grupos familiares que se encontraran dentro de los programas preexistentes a la entrada en vigencia del art. 19 del Decreto 895/02 -en referencia a la población alojada en hoteles- que hubiesen optado por permanecer alojados en hoteles y que no se hubieran acogido a los beneficios previstos en los decretos mencionados.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

últimos extremos (como estar en calle), es decir, la administración exige la producción del daño en lugar de actuar de manera preventiva, con los costos en materia de derechos que el cambio de esta política implica.

En este sentido, en la Observación General N° 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se analiza el derecho a la vivienda adecuada y, en particular, la protección contra los desalojos forzosos. Así, se establece que una legislación contra estos desalojos es una base esencial para la protección eficaz de este derecho, afirmando al respecto que “Esa legislación debería comprender medidas que a) brinden la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de viviendas y tierras...”⁵⁴ Agrega que los Estados Partes deben velar porque las medidas legislativas y de otro tipo sean adecuadas para **prevenir** y, llegado el caso, castigar los desalojos forzados que se lleven a cabo.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expidió sobre la obligación de prevención en el caso “Velásquez Rodríguez c/ Honduras” en el que afirma que “El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.”⁵⁵

En este sentido, la Relatoría Especial sobre vivienda adecuada de la ONU en su informe afirma que “Los Estados deberían explorar plenamente todas las posibles alternativas a los desalojos.”⁵⁶ Además, establece expresamente que “Los Estados deben abstenerse de introducir cualesquiera medidas deliberadamente regresivas con respecto a la protección de jure o de facto contra los desalojos forzosos.”⁵⁷

El otorgamiento del subsidio antes de que se produzca el desalojo, tal como lo establecía el anterior programa según el Decreto 690/06, implicaba cumplir con el mandato internacional mencionado en el sentido de que el Estado prevenía el desalojo forzado permitiendo a las personas que sigan gozando de su derecho a la vivienda. La modificación introducida que requiere que las personas estén en situación de calle para acceder al subsidio, limita la intervención del Estado requiriendo que el

⁵⁴ Observación General N° 7. El derecho a una vivienda adecuada (pár. 1 del art. 11 del Pacto): los desalojos forzosos. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 16° período de sesiones. Ginebra, 28 de abril a 16 de mayo de 1997.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988.

⁵⁶ Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo. Anexo I del Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado de la ONU. A/HRC/4/18.

⁵⁷ Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo. Anexo I del Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado de la ONU. A/HRC/4/18.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

desalojo se produzca, lo que implica un retroceso en materia de derechos y constituye un incumplimiento del Estado respecto de las obligaciones mencionadas. Esta falla es aún más grave si tenemos en cuenta la afectación que se produce sobre los grupos vulnerables especialmente destacados en la Observación General mencionada. En efecto, en este documento se afirma que “Las mujeres, **los niños**, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos.”⁵⁸

Lo antedicho resulta manifiestamente restrictivo en cuanto limita no sólo el universo de familias plausibles de incorporación, sino que además somete a las familias potenciales destinatarias a instancias **de verificación y comprobación de su situación de calle**. Y verdaderamente estas ideas nos remiten a una visión positivista decimonónica respecto de la pobreza: Distinguir al pobre “merecedor”, al “buen pobre”, capaz de demostrar “su” estado.

No se determina en qué consiste la acreditación efectiva y comprobable de situación de calle, quién debe efectuarla -obviamente la carga de la prueba no puede recaer sobre las víctimas de las violaciones a los derechos-, cómo lo acredita, si prestarán servicios de asistencia jurídica gratuita para los casos en que se rechace esta acreditación, entre otras tantas cuestiones.

En consecuencia, este requisito reduce el número de posibles asistidos, ya que quienes no puedan acreditar los requisitos de la norma, podrían quedar fuera del programa. Mucho más restringe el alcance del programa al excluir a quienes en forma inminente pueden quedar en situación de calle, habilitando la intervención social luego de configurada la violación al derecho en lugar de mantener la política anterior que proponía la disposición de medidas para evitar la vulneración.

Es por ello que el artículo 2º del Decreto 960/08 que modifica el artículo 4º del Decreto 690/06 implica un mecanismo ostensiblemente regresivo, y por ello, inconstitucional.

V. 5. 3. Requisitos de Accesibilidad.

El Decreto 960/08 también implica retrocesos en lo que se refiere a los requisitos de accesibilidad al programa.

El Decreto 690 establece como requisitos para la concesión de los beneficios los siguientes: “Artículo 11 - Para la obtención del subsidio creado por el presente decreto se requiere:

⁵⁸ Observación General N° 7. El derecho a una vivienda adecuada (pár. 1 del art. 11 del Pacto): los desalojos forzosos. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 16º período de sesiones. Ginebra, 28 de abril a 16 de mayo de 1997. El resaltado no obra en el original.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

- a) encontrarse en "situación de calle" de conformidad con lo establecido en el artículo 3° y con las restricciones dispuestas por el artículo 4° del presente decreto;
- b) ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de un (1) año;
- c) poseer ingresos menores al monto resultante del índice correspondiente a la canasta básica alimentaria, elaborada mensualmente por el INDEC;
- d) presentar la documentación exigida por las normas reglamentarias del presente decreto, a fin de acreditar los requisitos establecidos en el presente artículo;
- e) estar inscriptos en el Registro Único de Beneficiarios.”

El Decreto 960/08 modifica algunos de estos requisitos. En lo que se refiere a la reforma del inciso b) este decreto evidencia un retroceso, en tanto dispone “b) ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de dos (2) años”.

En este sentido, es necesario tener presente que la Constitución de la Ciudad contempla la consagración de derechos a todos los “habitantes” sin realizar distinción de ningún tipo, con lo cual el simple establecimiento de una exigencia de residencia podría generar un legítimo cuestionamiento en virtud de la discriminación efectuada. Por su parte, el aumento de requisito de residencia de un año a dos, no resiste el menor análisis, en tanto deja automáticamente excluidos de la asistencia a todos aquellos que, detentando la calidad de residentes por un año (y por lo tanto siendo asistidos por el anterior decreto), no puedan acreditar un período de dos.

Cabe preguntarse al respecto si esta modificación normativa implica que quienes se encuentran en situación de calle pero cuentan con una residencia de un año y diez meses deben continuar en esta situación, con el costo en materia de derechos que esto implica, por el término de dos meses más, para poder acceder al beneficio. ¿Por analogía, esta norma significa que quien sufre un accidente necesita acreditar un certificado de residencia para ser atendido en un hospital público? Si las respuestas a estas preguntas son afirmativas, la modificación dispuesta implica un absurdo insostenible a la luz de nuestro sistema constitucional.

Lo señalado, evidencia que el nuevo decreto implica un retroceso respecto de la regulación anterior que, por tal, resulta inconstitucional.

V. 5. 4. Prestaciones.

También se advierten regresiones respecto de las prestaciones previstas en el nuevo decreto. El artículo 3° del Decreto 960/08 incorpora en su último párrafo al artículo 5° del anterior Decreto 690/06 que expresa: “La autoridad de



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

aplicación podrá asignar asimismo prioridades en el otorgamiento del beneficio, y eventualmente extender los plazos previstos para el subsidio, de modo de atender reclamos según las particulares situaciones que puedan acaecer, teniendo presente el cumplimiento de las metas presupuestarias proyectadas anualmente.”

La nueva norma no especifica cuáles serán los criterios para la asignación de prioridades ni los motivos para la extensión de los plazos, sobre todo teniendo en cuenta que los requerimientos para el ingreso y permanencia en el Programa están formulados en la norma. Esta falta de clarificación, otorga un marco de discrecionalidad absoluta a la Administración, que genera inseguridad jurídica de los potenciales asistidos y vulneración al debido proceso, en tanto los habitantes no conocen todas las condiciones, criterios y requisitos que puede evaluar la administración para admitirlos o rechazarlos como beneficiarios del subsidio. La vaguedad de la norma en este aspecto permite descalificarla como tal.

La discrecionalidad otorgada a la administración es inadmisibles. Sin perjuicio de ello, en el caso en que se considere permitida, la forma en que a través de esta norma el poder administrador se la auto-concede es insostenible. Ello, en razón de que dicha norma no cuenta con elementos indispensables como la regulación de la toma de decisión, cuestión sobre la cual pesa la revisión judicial de estas decisiones. No establece quién es el órgano competente, qué elementos se tendrán en cuenta para determinar los límites a la discrecionalidad, el objeto, la finalidad, entre otras cuestiones. La discrecionalidad sólo podría encontrarse legitimada cuando se permite la elección entre dos o más opciones válidas, pero nunca cuando las opciones consisten en el otorgamiento o no de un derecho. Al respecto, es importante tener presente que este orden de prioridades –imaginables e infinitas- de ningún modo podrían implicar que quienes cumplan con los requisitos para acceder al programa, queden fuera de él. Permitir este tipo de decisiones implicaría facultar a la administración a modificar de hecho la propia norma.

Tanto la posibilidad de asignar prioridades como la eventualidad en la extensión de los plazos previstos para el subsidio, teniendo presente el cumplimiento de las metas presupuestarias proyectadas anualmente, son pautas claramente regresivas que el Estado tiene vedado tomar. Todas aquellas personas que cumplan con los requisitos de accesibilidad deben obtener el subsidio.

Si el Estado carece de recursos deberá demostrarlo debidamente, cuestión que de ninguna manera surge del nuevo decreto en cuestión por razones claras. El Estado no puede demostrar la ausencia de recursos porque actualmente cuenta con una subejecución de partidas presupuestarias.

En efecto, la jurisdicción 45 del Ministerio de Desarrollo Social, cuenta con una partida vigente de \$843.166.293, cuya mitad es de \$421.583.147, la partida



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

definitiva es de \$323.787.986 y la efectivamente devengada de \$311.427.269. Este Ministerio tiene una ejecución del 37% de su presupuesto, y una subejecución presupuestaria de \$110.155.877. Por su parte, las partidas correspondientes a la Jefatura de Gobierno sólo tiene ejecutado el 29% de su presupuesto, por lo que cuenta con una subejecución de \$151.326.284 (jurisdicción 20), mientras que la Jefatura de Gabinete de Ministros cuenta con una subejecución de \$20.065.266 (jurisdicción 21), ya que sólo ejecutó el 34% de su presupuesto. Todo ello surge de las cifras provisionales al 30 de junio de 2008.

Además, el Estado debe dar **absoluta prioridad** en la distribución de las partidas presupuestarias a la atención de la emergencia habitacional en general de las personas de escasos recursos, y de la protección del derecho a la vivienda de las personas menores de edad, en particular. Ello, conforme lo establece el artículo 31 de la Constitución de la Ciudad, la Convención de los Derechos del Niño y la Ley Nº 114 de Protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires en su artículo 6º.⁵⁹ Esta prioridad se justifica además en la obligación del Estado de dictar medidas de acción positiva para lograr la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, entre otros grupos desaventajados.

Específicamente en relación al derecho a la vivienda y al Decreto 690/06, el Dr. Maier en el caso “Moravito” sostiene: “Yo estimo que la siguiente idea debería atraer el suficiente consenso: el programa, en el sentido de velar por una vivienda suficiente y digna para los habitantes, no es optativo para el gobierno y establece **temas de interés superlativo frente a otros programas o necesidades; se trata, cuando menos, de que la Constitución fija ya un orden lexicográfico de prioridades para los gobernantes.** Trasladado este razonamiento al subjudice, el fracaso de toda la argumentación epistemológica del recurrente respecto de este punto central y de la imposibilidad de regreso finca, precisamente, en que él no identifica o

⁵⁹ En este sentido, en las Orientaciones Generales para los informes periódicos emitidas por el Comité de los Derechos del Niño, en el año 1996, expresa la prioridad presupuestaria que deben tener los Estados para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños. Al respecto se solicita a los Estados que “Utilizando indicadores o cifras fijadas como objetivo cuando resulte necesario, sirvanse indicar qué medidas se han tomado para asegurar la aplicación, en los planos nacional, regional y local y, cuando corresponda, en los planos federal y provincial, de los derechos económicos, sociales y culturales del niño hasta el máximo de los recursos disponibles, incluidas:...las medidas tomadas para garantizar que todas las autoridades nacionales, regionales y locales competentes basen sus decisiones presupuestarias en el interés superior del niño y evalúen la prioridad que se da a los niños en la elaboración de sus políticas;... las medidas tomadas para que los niños, en particular los pertenecientes a los grupos más desfavorecidos, sean protegidos de los efectos adversos de las políticas económicas, incluida la reducción de los créditos presupuestarios en el sector social.” Orientaciones Generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los estados partes con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención de los Derechos el Niño, Aprobadas por el Comité en su 343ª sesión (13º período de sesiones), celebrada el 11 de octubre de 1996.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

individualiza los fines políticos prioritarios que atiende el gobierno y cuya atención le impide la atención del involucrado en el caso.⁶⁰

En consecuencia, el agregado propuesto al artículo 5º resulta manifiestamente inconstitucional.

En cuanto a la finalidad de las prestaciones, el artículo 10 del Decreto 690/06 establece: El subsidio que se otorgue puede ser destinado para: a) cubrir gastos de alojamiento, b) 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.”

El artículo 4º del Decreto 960/08 modifica esta norma y dispone “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.”

En este sentido, el decreto establece que la asignación monetaria **“tendrá como único destino cubrir gastos de alojamiento”**. En este aspecto se restringen, en comparación con el decreto 690/06, las posibilidades de utilización del subsidio en tanto se plantea que sólo de manera **excepcional** la utilización del mismo “(...) a la obtención de una **solución definitiva** para la problemática habitacional de la familia”, con previo dictamen favorable del Área Técnica.

Una vez más, el GCBA también acota sus márgenes de intervención y decide dejar de asistir en forma inmediata frente a la posibilidad de acceder a una solución definitiva, sin que dicha medida haya sido debidamente justificada como un accionar racional, fundado en un interés imperioso que justifique la medida adoptada.

Es de destacar también que esta modalidad de prestación mediante una asignación monetaria para cubrir gastos de alojamiento, responsabiliza a las personas o familias de conseguirlo y mantenerlo; es decir, que éstos deben “hacerse cargo” de su situación de desventaja, frente a una política pública que reduce su agenda de intervención.

En consecuencia, el artículo 3º del Decreto 960/08 en su último párrafo, en tanto establece la posibilidad de establecer prioridades y la eventualidad de la continuación del subsidio también implica un retroceso claramente inconstitucional. El artículo 4º que sustituye el 10 del Decreto 690/06 también basado en la

⁶⁰ Expte. n° 5033/06: “Moravito, Pilar Rosa c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 11 de diciembre de 2007.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

excepcionalidad del beneficio y la limitación del destino del beneficio implica también un retroceso que vulnera la constitución.

V. 5. 5. Caducidad.

El Decreto 690/06 en su artículo 14 establece “Son causales de caducidad del beneficio: a) cesación de las causas que dieron origen al otorgamiento del subsidio, b) que el grupo familiar no cumpla con los requisitos establecidos en el artículo precedente.” Por su parte, el Decreto 960/08 incorpora a esta norma lo siguiente “c) por otras causales debidamente fundadas, previo informe técnico que así lo aconseje, de acuerdo se determine en la reglamentación. En todos los supuestos, deberá mediar el dictado de un acto administrativo por parte de la Autoridad de Aplicación, el cual podrá ser recurrido por quienes acrediten la afectación de un derecho subjetivo o interés legítimo, en los términos de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires”.

Al incorporar “otras causales debidamente fundadas, previo informe técnico” para determinar la caducidad del beneficio, se reforma la norma agregando un principio que constituye otro parámetro de discrecionalidad absoluta y atenta contra el principio de que el Estado fije pautas claras en la implementación de sus políticas, generando inseguridad jurídica. Nuevamente, la discrecionalidad que se auto-concede el Poder Ejecutivo no cumple con los requisitos que este tipo de medidas deben satisfacer, en tanto no establece la regulación de un proceso para la toma de decisiones entre opciones razonables, y la determinación de criterios que permitan la revisión judiciales de las decisiones tomadas.

La amplitud de esta norma es tal que permite a la administración disponer cualquier tipo de causales de caducidad de los beneficios. El sistema crea un estado de incertidumbre y fortalece la idea de la dependencia de las familias a la voluntad del Estado para el retiro del subsidio en cuestión. Esta modalidad de intervención es propia de un sistema de corte caritativo, que desconoce las obligaciones legales asumidas por el Estado. En este sentido, concederse la posibilidad de retirar el subsidio en forma unilateral y al margen de las causales taxativamente establecidas, importa comportarse como un organismo de atención filantrópica, que ayuda como y cuando puede y quiere, y no como un Estado Social de Derecho, que debe poner en marcha acciones concretas dirigidas a satisfacer los derechos de sus habitantes, en tantos éstos son sujetos de derechos y no mero objetos de asistencia.

La inclusión de esta cláusula normativa importa ampliar indefinida e infinitamente las posibles causales de caducidad del beneficio, teniendo en cuenta que en el anterior decreto eran taxativas, produciendo una regresión para los beneficiarios,



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

quienes se encontrarían sometidos al pleno arbitrio de la administración, sin reglas claras y con mayores opciones para poder ser excluidos del programa. En este aspecto, la norma impugnada también deviene inconstitucional.

V. 6. Inversión de la carga de la prueba. Escrutinio estricto.

En el apartado anterior se ha dado cuenta de los aspectos regresivos del Decreto 960/08, en relación con Decreto 690/06, por lo cual, la norma impugnada, en los aspectos referidos, se debe presumir inconstitucional.

En este sentido, una vez denunciada y mostrada la violación del estándar legal de no regresividad, es el demandado quien debe probar que la medida dictada es razonable. En este sentido, Abramovich y Courtis afirman que “Trasladando el esquema al análisis de regresividad, el demandante corre entonces 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.”⁶¹

Esta carga de la prueba en poder del Estado fue afirmada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en diversas observaciones generales. A modo de ejemplo, en la Observación General N° 13 referida al Derecho a la Educación, el Comité afirma que “45. La admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones. Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, **el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con 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 el Estado Parte**”.⁶² En igual sentido, en la Observación General N° 14 se establece que “32. Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, **corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles** y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los

⁶¹ Víctor Abramovich y Christian Courtis. “Los derechos sociales como derechos exigibles”. Editorial Trotta. Año 2002.

⁶² El resaltado no obra en el original.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte.”⁶³

Igual criterio siguió el Comité en la Observación General N° 15 referida al derecho al agua, en la que sostiene que “Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto al derecho al agua está prohibida por el Pacto. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras un examen sumamente exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte.”⁶⁴

Respecto del derecho al trabajo el Comité expresa en la Observación general N° 18:” Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, no deben adoptarse en principio medidas regresivas en relación con el derecho al trabajo. Si deben adoptarse deliberadamente cualesquiera medidas regresivas, corresponde a los Estados Partes en cuestión demostrar que lo han hecho tras considerar todas las alternativas y que están plenamente justificadas, habida cuenta de la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto y en el contexto del pleno uso de los máximos recursos disponibles por los Estados Partes”⁶⁵

En el caso “Aquino” ya citado, la Corte Suprema de Justicia sostiene la existencia de la presunción aquí invocada y su alto impacto, en tanto afirma, respecto de la norma que exime de responsabilidad civil al empleador modificando el sistema anterior de reparación integral que “...existe una “fuerte presunción” contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el tratado (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 14 y N° 15, cits., págs 103 -párr.32- y 122 -párr.19-, respectivamente), sobre todo cuando las orientación del PIDESC no es otra que “la mejora continua de las condiciones de existencia”, según reza, preceptivamente, su art. 11.1”⁶⁶

Esta presunción de inconstitucionalidad que recae sobre las medidas que vulneran el principio de no regresividad, implica la inversión de la carga de la prueba, por lo que, en caso de dudas, el juez debe hacer lugar al cuestionamiento de las medidas impugnadas.

El principio de no regresividad funciona como las categorías sospechosas en materia de discriminación. La normativa nacional e internacional

⁶³ El resaltado no obra en el original.

⁶⁴ Observación general N° 15 del por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 29° período de sesiones (2002), E/C.12/2002/11.

⁶⁵ Observación general N° 18: El derecho al trabajo, aprobada el 24 de noviembre de 2005 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688. sentencia del 21 de septiembre de 2004.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar

prohíbe la discriminación basada en diversas categorías. En este sentido, sostiene Maurino que “Cuando una norma legal o práctica de hecho impone un trato desigual respecto de alguna de estas categorías, resulta *prima facie* violatoria del principio de no discriminación; la diferenciación de trato sobre alguna de esas categorías dispara o activa una presunción de arbitrariedad constitucional.”⁶⁷

Ante estos casos, corresponde además un escrutinio estricto de las razones que se alegan en favor de la norma que se presume inconstitucional. Para ello el Estado debe demostrar a) la existencia de un interés calificado que de fundamento a la reforma cuestionada, b) el carácter imperioso de la nueva normativa y c) la inexistencia de cursos de acción alternativos, menos restrictivos del derecho en cuestión.⁶⁸

En el mismo sentido, Maurino refiere que “Cuando se activa este exigente test, la medida impugnada se presume inconstitucional y sólo puede ser legitimada si el demandado prueba que ella persigue un fin estatal no sólo legítimo y relevante, sino imperioso, y que el medio elegido resulta la alternativa menos lesiva para los derechos de los afectados; no basta con que sea un medio idóneo, debe probarse que es necesario e imprescindible, que resulta la única forma de realizar ese fin imperioso. Como puede apreciarse, cuando está en juego el escrutinio estricto, ello no implica una prohibición absoluta de distinciones -de *iure* o de *facto*- relativa a los criterios sospechosos, sino la activación de una presunción de inconstitucionalidad (de discriminación *prima facie*), que sólo puede ser levantada con una prueba especial -aunque difícil por cierto- sobre los fines y los medios que la determinan”.⁶⁹ La Corte Suprema admitió el escrutinio estricto para supuestos de discriminación en los casos “Hooft” y “Gottschau”, entre otros.⁷⁰

VI. FORMULAN RESERVA.

Dada la índole federal de gran parte de los argumentos desarrollados en la presente (artículos 14 bis, 16, 28, 31, 75, inciso. 22 y 23, 99 inciso 2, de la Constitución Nacional; artículo 25, inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 2, 4 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 5 inc. E de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; artículo 14 inciso 22 de la Convención por la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres, y demás normas mencionadas en

⁶⁷ Gustavo Maurino, “Protección Constitucional para los más humildes”, en “El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario”, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, Lexis Nexis, Año 2007.

⁶⁸ Cf. Courtis Christian, ob. cit.

⁶⁹ Gustavo Maurino, “Protección Constitucional para los más humildes”, en “El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario”, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, Lexis Nexis, Año 2007.

⁷⁰ Gustavo Maurino, “Protección Constitucional para los más humildes”, en “El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario”, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, Lexis Nexis, Año 2007.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

este escrito), es que formulamos la reserva de interponer oportunamente el recurso extraordinario federal ante la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 14 de la ley 48), para el supuesto en que dichos planteos no fueran aceptados por V.E.

VII. AUTORIZA.

Solicito se autorice a los Dres. Mabel López Oliva (DNI 23.251.181), Ernesto Blanck (DNI 28.418.154), Romina Faerman (DNI 25.248.268) y Guido Alonso (DNI 23.327.699) a examinar el expediente, retirar oficios, copias, testimonios, diligenciar mandamientos, cédulas, retirar el expediente en préstamo y, en general, a realizar cualquier gestión tendiente a controlar las presentes actuaciones.-

VIII. PETITORIO.

Por todo lo expuesto solicito:

- 1.- Se me tenga por presentada, por parte y por constituido el domicilio.-
- 2.- Se tenga por promovida la presente acción de inconstitucionalidad en tres ejemplares, se tenga presente la reserva del caso federal y por constituido el domicilio en la causa.-
- 3.- Se tenga presente las autorizaciones conferidas.-
- 4.- Se dé traslado de la presente a la demandada y se convoque a la audiencia prevista en el art. 6º de la ley 402.-
- 5.- Se haga lugar a la presente acción declarándose la inconstitucionalidad, y la pérdida de vigencia (arts. 113, inc. 2º CCABA y 24 de la ley 402) de las normas del Decreto 960/08 que implican un retroceso respecto protección al derecho a la vivienda contenida en el Decreto 690/06, entre ellas, el artículo 1º del Decreto 960/08, en tanto modifica el artículo 3º del Decreto 690/06; el artículo 2º del Decreto 960/08 que modifica el artículo 4º del Decreto 690/06; el artículo 3º del Decreto 960/08, sólo respecto del último párrafo que incorpora al artículo 5º; el artículo 4º del Decreto 960/08, en tanto modifica el artículo 10 del Decreto 690/06; el artículo 5º del Decreto 960/08, en tanto modifica el inciso b) del artículo 11 del Decreto 690/06; el artículo 7º del Decreto 960/08, en tanto incorpora el inciso c) artículo 14 del Decreto 690/06.

PROVEA V.E. DE CONFORMIDAD

SERÁ JUSTICIA