

El acceso a la vivienda digna en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Daniel A. Sabsay

Profesor titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UBA. Profesor invitado de las universidades de Estrasburgo (Francia), de Texas, Austin (EE.UU.) e Internacional de Andalucía (España).

I. Introducción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante la Corte) en su actual composición, confirma su vocación de perseguir el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, como se pone de manifiesto en “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, sentencia que será objeto de nuestro comentario. El alto tribunal realiza un minucioso examen en el que se ponen en consideración la diversidad de fuentes en juego. En efecto, se trata de una situación que se plantea en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CABA) que permite apreciar la amplitud de las disposiciones aplicables al caso, contenidas en la constitución local y sus normas de desarrollo; a ello se agrega lo que contempla en la materia la Constitución nacional (en adelante CN); y, por último, las normas pertinentes de los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 77, inc. 22, CN). Pues bien, esta variedad de fuentes, lejos de complicar la dilucidación del caso, obligan a que el intérprete haga un esfuerzo adicional en aras de lograr la mayor operatividad de los derechos invocados por la actora.

En ese camino, la Corte se apoya en el principio de progresividad, e introduce una visión amplia de la división de poderes, que impide que pueda concluirse que esta materia constituye una cuestión política no justiciable,

fuera del alcance de la consideración de los jueces. Lejos de ello, la Corte efectúa una clasificación de los derechos en función de su operatividad, a partir de la cual abre un camino por el que debe entrar el juez utilizando dos herramientas procesales, que son el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La evolución de la jurisprudencia de la Corte, luego de la reforma constitucional de 1994 la ha llevado a pasos firmes a la recepción de este segundo tipo de control. Actividad que los jueces están obligados a realizar, a efectos de impedir que pueda producirse la responsabilidad internacional del Estado por realizar acciones contrarias a lo que prescriben los tratados u omitir la toma de decisiones que permitan que sus disposiciones sean operativas. Estas premisas que se derivan de todos los instrumentos que integran el denominado Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se ven confirmadas en el fallo que será objeto de nuestro comentario.

En tal sentido resulta interesante observar el contraste entre lo decidido por la mayoría de los miembros en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la CABA (en adelante TSJC) que es objeto de recurso extraordinario y lo que determina la Corte que hace lugar a la queja planteada frente a la no concesión de dicho recurso. Se trata de visiones contrapuestas, propias de miradas que se corresponden con épocas diferentes. El TSJC no sale de un esquema conservador que limita al máximo la intervención de la justicia en este tipo de cuestiones, mientras que la Corte como veremos efectúa un estimulante y sutil análisis de manera de llegar de manera convincente a un resultado exactamente contrario. Por último, expondremos nuestras reflexiones finales a modo de conclusión.

II. El caso

Se trata de un amparo interpuesto por una mujer contra el gobierno de la CABA. Tanto ella como su hijo menor de edad discapacitado, de resultados de sufrir una encefalopatía crónica no evolutiva, se encuentran en “situación de calle”; y, las alternativas que les propone la CABA a través de los diferentes programas sociales a su cargo no les permiten salir de la situación de postración en que se encuentran. Así en la acción de amparo se le solicitó a “la demandada que cesara en su conducta ilegítima que, al denegarle la inclusión en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y no proporcionarle alternativas para salir de la ‘situación de calle’ en la que se encontraba junto a su hijo, violaba sus derechos fundamentales a la salud,

la dignidad y la vivienda reconocidos no sólo en la Constitución local, sino también en la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales incorporados a su art. 75, inc. 22”.¹

Luego el mismo considerando continúa con la descripción de lo acontecido: “la peticionaria solicitó ‘una solución que nos permita acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose nuestra integridad familiar’. Aclaró que, en el caso de que decidiera brindarle un subsidio, su monto debía ser suficiente para abonar en forma íntegra el valor de un lugar que cumpliera con las características señaladas; pues los subsidios previstos por el decreto local 690/06 no garantizaban adecuadamente sus derechos”. Así lo estimó porque, por un lado, estaban sujetos “a la disponibilidad de recursos del ejercicio presupuestario que corresponda” y, por otra parte, “eran parciales y limitados a seis cuotas de 450 pesos, a cuyo término sólo podía solicitarse el pago de cuatro cuotas adicionales, a criterio de la autoridad de aplicación, aun cuando los peticionarios demostraran que subsistía su situación de desamparo. Ante tales circunstancias, la actora solicitó una medida cautelar, que fue concedida y a la fecha se encuentra vigente”.²

La Jueza de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar al amparo, decisión que fue confirmada por la Sala II de la Cámara de ese fuero. La alzada consideró que “frente a la acreditada situación de vulnerabilidad en la que se encuentran la amparista y su grupo familiar y a que el monto establecido [por el decreto 960/08, modificadorio del decreto 690/06] [...] podría resultar insuficiente para garantizar el derecho afectado [...] la demandada deberá proveer [...] un subsidio que les permita, a la actora y a su grupo familiar, abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado”.³ Pero esta sentencia fue revocada por el TSJC, que reenvió la causa a la cámara para que dictara una nueva sentencia conforme a los criterios interpretativos que expuso, los que serán objeto de análisis en el siguiente acápite.

1. Del Considerando 1° del voto de la mayoría.

2. *Ídem* anterior.

3. Del considerando 2° del voto de la mayoría.

Por último, la Corte revoca la decisión del TSJC y en su sentencia, exhorta al GCBA que garantice a una madre y a su hijo discapacitado, que se encontraban en “situación de calle”, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada. Para llegar a este decisorio desarrolla diferentes líneas argumentales a las que haremos referencia en otro acápite.

III. La interpretación del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El TSJC, para la dilucidación del caso, remitió a lo que había decidido con anterioridad en la causa “Alba Quintana” ya que consideró que en ella existían circunstancias análogas con lo que está en juego en la que nos ocupa. El TSJC sostiene que para determinar las obligaciones a cargo del gobierno de la CABA deben analizarse las diversas fuentes, cita a las constituciones local y nacional y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC); para luego expresar que entre dos interpretaciones posibles debe estarse a aquella que de mejor manera satisfaga lo que establece la que sea de rango superior, observando así la jurisprudencia de la Corte.

El TSJC considera que de conformidad con “el PIDESC, los Estados parte no están obligados a proporcionar vivienda a cualquier habitante de su país que adolezca de esa necesidad. Su deber se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las posibilidades que sus capacidades económicas les permitan, conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles. A su vez, el Pacto impone una obligación de progresividad. Ello significa que los países signatarios deberán adoptar medidas que demuestren un avance en las políticas públicas destinadas a garantizar plenamente los derechos allí reconocidos. Sin embargo, esta mejora tiene que ser medida respecto al conjunto general de la población, y no según lo que toque a cada individuo. Lo contrario supondría admitir que, por ejemplo, una nueva política que afecta mayores recursos y duplica los beneficios disponibles podría quedar invalidada si el grupo de destinatarios sufre cualquier alteración en su prestación individual”.⁴

4. Del considerando 3° del voto de la mayoría.

El TSJC manifiesta, asimismo, que el PIDESC impone a los Estados la obligación de garantizar, por lo menos, niveles mínimos y esenciales de satisfacción de los bienes jurídicos protegidos por cada uno de los derechos. En este caso se trataría del contenido mínimo del derecho a la vivienda. En tal sentido el TSJC señala que el gobierno de la CABA por medio de sus programas, provee en el caso el standard de “abrigo”, el que entiende se corresponde con dicho contenido mínimo. En razón de ello, en tanto dicho gobierno les proporciona a las personas en “situación de calle” una red de albergues y de paradores estatales, entonces no resultan inconstitucionales los subsidios previstos en el decreto 690/06 aunque ellos sean parciales y temporarios. A continuación el TSJC considera que la concesión de subsidios no puede ser discrecional y que por lo tanto los jueces deben velar por que los mismos respeten las prioridades establecidas en el bloque de constitucionalidad. Agrega que las pautas que de allí se derivan impiden que se pueda subsidiar a un grupo sin antes subsidiar a otro que esté más necesitado: “A tal fin, quien pretenda obtener el subsidio debe cumplir con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen”.⁵

La solución dada por el TSJC parte de una negativa a la consideración individual de cada caso ya que como hemos visto se propugna de manera exclusiva la visión colectiva de la cuestión. Curiosamente, pese a manifestar su apego a las fuentes internacionales, las que por ser de jerarquía superior deberían prevalecer, al adoptar el criterio que se acaba de exponer, no resulta posible la satisfacción de los objetivos que persiguen los principios *pro homine* y de progresividad en materia de aplicación de derechos humanos. Recordemos que las autoridades de aplicación de dichos tratados han recalado la necesaria aplicación de estos postulados en todos los casos en los que se ventile la operatividad de derechos humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos desarrolla la progresividad en su artículo 26⁶ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que a

5. *Ídem* anterior.

6. Convención Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 26. “Desarrollo Progresivo: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la

fin de dar cumplimiento al principio *pro homine* –elemento fundamental en materia de interpretación y aplicación de derechos humanos–, previsto en el art. 29 CADH,⁷ los jueces siempre deben “efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales; pudiendo incluso optar por la interpretación más favorable en caso de aplicabilidad de la Convención Americana y otros tratados internacionales sobre derechos humanos”.⁸ Asimismo otro principio cardinal en la interpretación de la CADH así como también de cualquier otro tratado en esta materia, es como hemos visto, el de progresividad. El enunciado principio (art. 26 CADH) implica para los Estados el deber de no adoptar políticas regresivas que tengan por objeto o efecto la disminución del estado de goce de los derechos económicos, sociales y culturales.⁹

En razón de los efectos que conlleva la interpretación del TSJC en el caso de marras, pareciera que al efectuarla no se ha detenido a observar estos antecedentes ya que de haberlos tenido en cuenta, otra hubiese sido la decisión que hubiese tomado. No es posible considerar que la actora y su hijo podían ver satisfechos ese nivel mínimo aceptable en materia de vivienda, a través de un sistema como el previsto en los programas de la CABA, caracterizado por su precariedad, limitación en el tiempo y falta de adecuación a la grave situación por la que atravesaba la actora. Ello, sin que

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”.

7. Artículo 29. “Normas de Interpretación:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

8. Corte IDH, Caso “Cabrera García y Montiel Flores. vs. México”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010.

9. Corte IDH, Caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”, 28/02/2003.

se demostrase que, a través del mismo, se lograra una mejor utilización de los recursos disponibles y sin hacer uso de otro tipo de asistencias que no demandaban necesariamente la realización de gastos importantes.

Gargarella y Maurino en un interesante artículo¹⁰ efectúan una crítica a dos sentencias del TSJ sobre derecho a la vivienda que resultan aplicables a este nuevo fallo, en tanto se sustenta en las mismas premisas restrictivas. Allí expresan que “el escueto contenido mínimo del derecho a la vivienda que se ofrece en los fallos analizados sólo podría explicarse en base a una teoría según la cual el acceso al seguro a una vivienda adecuada no fuera en realidad un derecho constitucional exigible al estado, pero la aversión a dotar al derecho a la vivienda de sustancia es injustificable en nuestro acuerdo constitucional, tanto como lo sería una concepción análoga respecto del derecho a la salud, la educación y la seguridad social, por citar los casos más obvios. Los arreglos constitucionales liberal-conservadores de 1853 posiblemente podrían encontrar consistencia con tales teorías –que reconocen pocos derechos, básicamente contruidos como libertades normativas– pero, sencillamente, ya no puede encajar con los compromisos adoptados en el país y la Ciudad mediante las reformas constitucionales consagradas luego de la recuperación democrática”. Coincidimos con estas reflexiones que ponen de manifiesto la errada actitud del TSJ, o al menos de su mayoría –ya que la disidencia de la jueza Alicia Ruiz va en el sentido de lo decidido por la Corte–, en lo que hace la operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Más adelante los autores aceptan la dificultad de que el estado pueda reconocer de manera robusta el derecho a la vivienda en razón de la serie de deberes de su parte que ello implica que impide que puedan ser garantizados en el corto plazo aunque obliga al cambio de su política en la materia. Luego expresan que “la manera de afrontar esos desafíos no debe consistir en debilitar el derecho en cuestión, sino –en primer lugar– en afirmar su normatividad; el camino para lidiar con estas ofensas institucionales –y las que resultan en general de una sociedad desigual y excluyente– no debe ser el de negarlas, desnaturalizando los derechos cuya violación las denuncia”,¹¹ agregan.

10. R. Gargarella y G. Maurino, “Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del TSJC”, JA, 2010, abril, pp. 10-18.

11. R. Gargarella y G. Maurino, op. cit.

IV. La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Como ha quedado dicho en la introducción, la Corte revoca el fallo del TSJC. Para así decidir el alto tribunal previo a todo, convoca a una audiencia pública de carácter informativo en la que interroga a los representantes letrados de las partes para que se expresen sobre diversas cuestiones vinculadas con el caso. El voto de la mayoría comienza recordando que “en nuestra Constitución Nacional se ha reconocido que el Estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social ‘que tendrá carácter de integral e irrenunciable’ y en especial se previó que la ley establecerá ‘el acceso a una vivienda digna’ (art. 14 bis, tercer párrafo, tributario en este punto del art. 37 de la Constitución de 1949)”.¹² A continuación recuerda que, “a su vez, la reforma operada en 1994 reforzó el mandato constitucional de tutela para situaciones de vulnerabilidad como la que es objeto de examen al advertir que el Congreso debe ‘legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen [...] 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 [...] y las personas con discapacidad [...]’ primer párrafo del art. 75, inc. 23). Esta norma dirigida específicamente al legislador federal, debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia, que deberá además contemplar –por expreso mandato constitucional– el diseño de un régimen de seguridad social, especial e integral para proveer a la ‘protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental...’ (segundo párrafo del art. citado)”.¹³

Por último, repasa las fuentes internacionales con jerarquía constitucional que contemplan la cuestión. Refiere a la Declaración Universal de Derechos Humanos, al PIDESC, a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre para concluir con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Después de repasar el sistema de derechos reconocidos a los niños, recuerda las obligaciones de los Estados al respecto. Destaca que éstos “adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras

12. Considerando 8° del voto de la mayoría.

13. *Ídem* anterior.

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” (art. 27.3). Por último, en su art. 3º la Convención marca como principio rector que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Todo lo cual se ve reforzado por lo que determina en su art. 7, ap. 1 y 2, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con los niños y la necesidad de velar en todo momento por su interés superior. Este tratado extiende su protección a las familias de los discapacitados, pone el acento en el deber de no discriminar por motivos de discapacidad; y, en lo que hace específicamente a lo que refiere la sentencia que comentamos, “asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública” (art. 28, ap. 2 especialmente punto d).

La Corte pone de manifiesto lo que estipula en materia de vivienda el art. 31 de la constitución porteña, el que contempla en sus disposiciones un amplísimo reconocimiento de este derecho, con claros deberes a cargo del Estado con el objeto de asegurar la progresividad de su reconocimiento a través de la puesta en marcha de políticas especiales. También pasa revista a cada una de las leyes específicas que han sido sancionadas por la Legislatura de la Ciudad para asegurar lo estipulado en la ley fundamental de la Ciudad. Enfatiza que por medio de la ley 3706 se buscó proteger integralmente y hacer operativos los derechos de las personas en situación de calle y en riesgo de situación de calle (art. 1º), para lo cual estableció que “...Es deber del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantizar: art. 4º [...] c) La formulación e implementación de políticas públicas en materia de salud, educación, vivienda, trabajo, esparcimiento y cultura elaboradas y coordinadas intersectorial y transversalmente entre los distintos organismos del estado...”. Asimismo, analiza cada uno de los programas del gobierno de la Ciudad, en particular de aquellos destinados a las “personas en situación de calle” entre los que se les da la posibilidad de acceder a una vivienda única.

Así las cosas, frente a todas las fuentes citadas la Corte señala que su cometido es determinar el alcance que tiene el derecho invocado en nuestro sistema desde una óptica que asegure su mayor operatividad en relación con el caso concreto que es objeto del litigio en estudio. Manifiesta que “la

primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad. Esta Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe ‘garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos’ (Fallos: 327:3677; 332:2043) y ‘garantizar’, significa ‘mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas’, según indica en su Observación General N°5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las ‘condiciones de vigencia’ de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (Fallos:332:709)”.¹⁴ Estamos frente a una clara manifestación de lo que Bidart Campos entendía como “la fuerza imperativa de la constitución”.

La Corte efectúa entonces un control de convencionalidad a la luz tanto de lo que expresan los tratados internacionales, como también de lo que surge de las interpretaciones a cargo de los órganos de aplicación de dichos instrumentos; en nuestro caso se hace expresa mención de una observación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano encargado de la interpretación de las disposiciones del PIDESC. En el considerando 11 del voto de la mayoría la Corte se pronuncia a fin de determinar la operatividad de este tipo de derechos y del rol de la Justicia en determinadas circunstancias, a la luz de la división de los poderes y teniendo en cuenta la competencia de los órganos Legislativo y Ejecutivo. En tal sentido, considera que “la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado. Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como

14. Considerando 10° del voto de la mayoría.

por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos”.¹⁵

A partir de allí la Corte reconoce “las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales [...], para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado”. Agrega que: “Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno. Que todo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial”.¹⁶

Como tercer paso en su interpretación, la Corte sostiene que “los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, [...] están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que ‘manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, John, *A Theory of Justice*, Harvard College, 1971)”.¹⁷ Recordemos que en reiterados precedentes la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que aún supuesta la legitimidad de los fines de la ley, la misma se torna arbitraria cuando los medios que se adoptan para lograr esos fines no guardan adecuada proporción con ellos o con las circunstancias que la motivaron.¹⁸

El Alto Tribunal sostiene que “los principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos deben ser

15. Del considerando 11° del voto de la mayoría.

16. Ídem anterior.

17. Del considerando 12° del voto de la mayoría.

18. *Fallos* 90:20; 147:402; 171:348; 200:450; 249:252; 256:241; 263:460; 288:325; 299:428.

respetados por quienes deciden políticas públicas. En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle. La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad”. A través de esta interpretación la Corte considera que se logra “hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces”.¹⁹

Desde este lugar realiza el control que impone la situación planteada, en la que concurren todos los requisitos antes señalados de resultados del cual luego de considerar la situación de la actora y de su hijo concluye que la Ciudad no ha logrado garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales les reconocen, “en tanto ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere. Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente”.²⁰

La Corte toma lo manifestado en la audiencia pública por el Procurador General de la Ciudad en el sentido de que la escasez de recursos le impide a la Ciudad dar respuesta cabal a lo requerido. A esos efectos, nuevamente recurrirá a lo expresado por el Comité de Derechos Económicos y Culturales, que en base a una interpretación de lo que dispone el Protocolo Facultativo del PIDESC, concluye que la falta de recursos no puede ser nunca un pretexto de parte de un Estado parte para justificar el no cumplimiento de derechos contemplados en el Pacto. Es por demás ilustrativa la explicación

19. Considerando 12° del voto de la mayoría

20. Considerando 13° del voto de la mayoría.

que hace el Comité que le permite a la Corte fundar la necesidad de la mejor utilización de los recursos disponibles, inclusive recurriendo a soluciones de “bajo costo”, sobre las cuales la Ciudad no da respuesta. Ello luego de observar que las soluciones aportadas por ésta les impiden a los protagonistas salir de la situación desesperante en la que se encuentran; y esto a pesar de que el esfuerzo oficial parece considerable. El problema surge de la mala utilización de los recursos.

El voto de la mayoría pone el acento en que en el caso no sólo se presenta una violación del derecho a la vivienda, sino que además dada la presencia de un menor incapaz involucra el incumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales de los cuales la Argentina es parte. Por lo expuesto la Corte recomienda que se recurra a la asistencia social para poder orientar a la actora. Así expresa que “las circunstancias requieren la intervención urgente de equipos de asistencia social de los que dispone el Estado local, que aseguren al niño la atención y el cuidado que su condición precisa, preservando su salud y su integridad física, sin que importe una internación u otra medida que interrumpa la relación y el contacto materno-filial. La actora, como toda madre que carga con la responsabilidad de un niño severamente discapacitado y que hasta el momento, pese a toda la adversidad, ha sostenido y puesto de manifiesto el vínculo afectivo y asumido la pesada tarea, tiene el elemental derecho de trabajar libre de preocupaciones respecto del niño durante su desempeño laboral, lo que no importaría para el Estado ninguna inversión extraordinaria, sino el uso adecuado de sus propios servicios asistenciales especializados.”²¹

V. El control de convencionalidad

En este acápite nos ocupamos del control de convencionalidad, ya que la sentencia que comentamos es un ejemplo cabal de su ejercicio, se presenta como un mojón más de una larga cadena que comienza con “Giroldi” hace más de una década y media y se continúa de manera cada vez más comprensiva en numerosísimos fallos. Primero con la aplicación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y de la interpretación que de

21. Considerando 16° del voto de la mayoría.

ella efectúan la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, luego como en el presente caso, con la consideración de lo manifestado por los Comités específicos encargados de la interpretación de los Pactos de Naciones Unidas.

Rey Cantor explica magistralmente el fenómeno que caracteriza como “de la supremacía de la Constitución política a la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.²² En efecto, como el autor nos precisa más adelante, la primera etapa del constitucionalismo presenta un esquema en el que “la Constitución es la normatividad de superior jerarquía a la que está subordinado el orden jurídico infraconstitucional de un Estado, siendo el Tribunal o Corte Constitucional –para nosotros la Corte Suprema– el máximo intérprete de la Constitución. Cuando el *Control de constitucionalidad* de las leyes se activa ante la jurisdicción constitucional, con el objeto de restablecer la supremacía de la Constitución, en el evento de que la ley viole la Constitución, se efectúa un examen de confrontación normativo de la ley frente a la Constitución”. Este análisis puede pulverizar la presunción de constitucionalidad de que goza toda ley sancionada y promulgada de conformidad con lo previsto en la Constitución. En tal caso y en principio, excepcionalmente, será declarada inconstitucional la norma bajo examen del tribunal constitucional encargado de ello.

Ahora bien, este primer paso en la adecuación de las normas inferiores a lo que establecen las superiores sufre una transformación “a partir del momento –siguiendo a Rey Cantor– en que el Estado Parte en un tratado o convención internacional que reconoce derechos humanos –por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos– adquiere obligaciones internacionales objetivas *erga omnes* de ‘respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio’ y de ‘adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos’ (arts. 1.1 y 2), esto es, de legislar de conformidad con el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”.²³ El autor considera que en este punto el principio de supremacía de la Constitución comienza a erosionarse. Esto ocurre como consecuencia de la aparición en el edificio jurídico que regula los derechos humanos dentro de los Estados,

22. E. Rey Cantor, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, México, 2008, p. XLVI.

23. E. Rey Cantor, *op. cit.*, p. XLVII.

de tratados internacionales que éstos se obligan a cumplir y a hacer cumplir a través de la elaboración de las medidas –sean éstas de corte legislativo, ejecutivo o judicial, pues todos los órganos del gobierno están obligados de igual manera a contribuir en que se respete ese orden supranacional–, que aseguran el cumplimiento de las convenciones internacionales, como también a remover todos los obstáculos que se opongan a ello.

El orden de prelación que ha establecido la reforma de la constitución argentina constituye el andamiaje apropiado para que se concreten los controles de constitucionalidad y de convencionalidad. Este último es ejercitado tanto en el ámbito nacional como en el internacional. La jurisdicción nacional al interpretar las normas locales debe velar poniendo todo su empeño para que ellas se adecuen a lo que contemplan los tratados. Así se evitará lo máximo posible que se susciten juicios ante la jurisdicción internacional. No obstante ello, cuando queden cuestiones pendientes de “anticonvencionalidad” este control deberá ser ejercitado por un órgano supranacional. Para los países que han adherido a la Convención Americana de Derechos Humanos, la cuestión está en manos de los dos órganos que ésta crea: la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, de acuerdo con el procedimiento y el reparto de competencias que ella prevé. Rey Cantor, citando a Kelsen y a Capeletti en sus análisis, considera que estamos frente a un “modelo de auténtica superlegalidad constitucional”, con cita a Gozaíni, que denominamos “supremacía convencional”.

Sobre el alcance del control, Albanese señala que “la recopilación de interpretaciones convencionales llevada a cabo tanto por diferentes Comités como por la Corte Interamericana a través de Observaciones Generales u Opiniones Consultivas respectivamente, configura una guía válida para que los jueces nacionales puedan dilucidar el alcance del control de convencionalidad establecido en algunas sentencias de la Corte”.²⁴

Esta suerte de control preventivo de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales tiene además como objetivo principal el de evitar la responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, deben interpretar las normas en los casos en los que les toca pronunciarse de tal modo que se adecuen de manera concordante a la convergencia entre las normas de

24. S. Albanese, *Opiniones Consultivas y Observaciones Generales - Control de Convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2011, p. 26.

fuentes diversas. Ello no se limita al texto de los tratados sino también a la interpretación que han hecho a nivel interamericano la Comisión y la Corte previstas como autoridad de aplicación en el Pacto de San José de Costa Rica. Así, los informes, las opiniones consultivas, las recomendaciones y las sentencias de estos órganos adquieren para el caso argentino jerarquía constitucional, como la misma Corte lo ha manifestado en el citado caso “Giroidi”. En esta sentencia la Corte manifestó que dado que la Constitución nacional le confiere jerarquía constitucional a la CADH, “en las condiciones de su vigencia”, esto significa que se debe considerar en especial “su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.²⁵ En relación con esta cuestión Bazán expresa que “se impone como premisa irrecusable a los magistrados constitucionales en la dimensión interna acometer sus labores de interpretación de las fuentes subconstitucionales de conformidad con la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, lo que involucra la exigencia de tomar en cuenta los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericanas. Tal mandato de interpretación conforme a aquellas fuentes jurídicas debe ser leído no en términos de una vinculación jerárquica, sino en función del deber de decantarse por la interpretación de la norma más favorable y efectiva hacia la protección de los derechos, garantías y libertades (principio *pro persona* o *favor libertatis*), en la línea de sentido del art. 29 de la CADH”.²⁶ Agregamos que esta posición se ha extendido a las observaciones e informes de los Comités de Naciones Unidas que actualizan los contenidos de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros, que también poseen jerarquía constitucional. Así la base argumental de numerosas sentencias está sustentada en lo que establecen esos documentos, tal como sucede con la aplicación que hace la Corte de la Observación N°5 del citado Comité para la resolución del caso que nos ocupa.

25. CSJN, *Fallos*: 318:514 (1995).

26. V. Bazán, “Control de Convencionalidad, Aperturas Dialógicas e Influencias Jurisdiccionales Recíprocas”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N°18/2º Semestre 2011, p. 5.

Coincidimos con este enfoque pues creemos que debe regir la idea de complementación para lograr un sistema de defensa de los derechos humanos más eficaz. De ninguna manera la cuestión debe ser vivida desde una perspectiva de rivalidad o de pérdida de la soberanía nacional. Por el contrario, se trata de un sistema que proviene de la libre delegación de facultades efectuada por los estados partes a favor de la construcción de mecanismos que aseguren la más plena vigencia de los derechos de sus nacionales. Consideramos que se trata de un fenómeno que tiene que ver con la superación de los límites nacionales para la mejor resolución de determinadas materias. Así como en el campo de los intercambios, sean éstos comerciales, de bienes, de personas, de información, el gran acontecimiento denominado globalización ha permitido la superación de las barreras nacionales en aras a un logro más cabal de esos objetivos. En lo que hace a la defensa de los derechos humanos se va produciendo una situación que se le asemeja y que inclusive tiende a la contención de las consecuencias lesivas para el ejercicio de los derechos fundamentales que ocasiona la globalización, desde pautas establecidas a través de normas jurídicas.

VI. Conclusiones

De conformidad con nuestro análisis consideramos que la Corte efectúa una interpretación generosa en materia de operatividad de derechos económicos, sociales y culturales. Gracias a este esfuerzo consagra la justiciabilidad de este tipo de cuestiones, en tanto se presenten determinadas circunstancias que precisa y sin que ello vaya en desmedro de la separación de poderes, ya que reconoce en la materia la competencia básica de los órganos legislativo y ejecutivo quienes deben establecer las leyes y políticas que permitan que dicha categoría de derechos no se transforme en ilusoria.

Por ello, la Corte dispuso que el gobierno porteño deberá asegurar la atención y el cuidado del niño y proveer a la madre el asesoramiento y la orientación necesaria para la solución de su problemática habitacional.

Mantuvo una medida cautelar que exige otorgar al grupo familiar un subsidio que le permita abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad.

El Alto Tribunal señaló que no hay un derecho a que todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial.

La Constitución asigna esa facultad a los poderes ejecutivos y legislativos, los que deben valorar de modo general éste y otros derechos así como los recursos necesarios. Sin embargo, las políticas discrecionales están sujetas al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

Sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos.

Pues bien, precisamente en el caso objeto de análisis concurren esas circunstancias y en razón de ello la Corte considera que está llamada a dar una solución que le permita a la amparista y a su hijo salir de la situación desesperante en que se encuentran. Ello en aplicación de las disposiciones de fuente local, nacional e internacional de conformidad con los controles de constitucionalidad y de convencionalidad que efectúa. La decisión aporta una bocanada de esperanza que debe ser trasladada a los poderes políticos para que pongan en marcha las decisiones que permitan dar soluciones definitivas a los problemas derivados de la pobreza que asolan a una porción importante de nuestra población.