



CÁMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA I SECRETARÍA ÚNICA

DÍAZ A [REDACTED] I [REDACTED] CONTRA GCBA y otros SOBRE AMPARO

Número: EXP 100/2016-0

CUIJ: EXP J-01-00000100-3/2016-0

Actuación Nro: 12905220/2019

Ciudad de Buenos Aires, de abril de 2019.

VISTOS:

Estos autos, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 424/440 contra la resolución de fs. 398/410 –cuyo traslado no fue contestado por la contraria–.

A fs. 459/462 vta. y 468/472 vta. dictaminaron el Ministerio Público Tutelar y el Ministerio Público Fiscal, respectivamente.

CONSIDERANDO:

I. La actora, por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad inició la presente acción de amparo a fin de que se le brinde una solución a su problemática habitacional.

El magistrado de grado hizo lugar a la acción de amparo promovida y ordenó al GCBA que garantice al grupo familiar “...*el contenido mínimo del derecho a la vivienda digna, conforme a los parámetros de adecuación establecidos por la Observación General 4º del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”. Asimismo, dispuso que “[a] *tal efecto, podrá incluirlos en un programa habitacional que les permita atender el valor actual del mercado de una vivienda y que garantice las necesidades sanitarias de los integrantes del grupo familiar*” (v. fs. 250/261 vta.).

Recurrida dicha decisión a fs. 267/281 vta., esta Sala confirmó la sentencia de grado, y condenó al GCBA “...*a que presente, en el plazo que disponga el señor juez de la instancia de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de*

brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas a la situación de la amparista” (v. fs. 327/336 vta.).

A fs. 348/349 vta., la parte actora denunció el incumplimiento de la sentencia definitiva dictada a fs. 327/336 vta., que se encuentra firme, y solicitó su ejecución. En ese sentido, requirió que se “...[le] *brinde de manera urgente una solución habitacional adecuada en los parámetros de la Resolución en cuestión y se [le] asigne una vivienda social de algún plan de viviendas ya construidas o en construcción correspondiente al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” (v. fs. 348/349 vta.).*

Así, el juez de grado dispuso, como medida para mejor proveer, una constatación a realizarse en el domicilio de la amparista, a fin de verificar el estado estructural y las condiciones de la vivienda que habita el grupo familiar.

A raíz de dicha diligencia, mediante la cual se comprobó que las deficientes condiciones de la habitación que ocupa la parte actora no resultan acordes a sus requerimientos básicos de vivienda, y que la sentencia dictada en autos no ha sido debidamente cumplida, el juez *a quo* intimó al GCBA “...a que en el plazo de cinco (5) días realice una propuesta a la actora para hacer frente a la obligación de brindarle un alojamiento en las condiciones adecuadas a la situación de su grupo familiar, en los términos de lo dispuesto en la sentencia de la Cámara de Apelaciones (...) bajo apercibimiento de resolver con las constancias de la causa” (v. fs. 393/393 vta.).

Posteriormente, frente al incumplimiento de lo dispuesto a fs. 393/393 vta., el juez de grado, en lo que aquí interesa, resolvió “[d]eclarar **incumplidas las sentencias de fs. 250/261 y 327/336” y “ordenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, dentro del plazo de quince (15 días), otorgue a A[.] L[.] D [.] y a sus hijos una vivienda adecuada a sus necesidades, bajo la figura de COMODATO SOCIAL...” (v. fs. 498/410; el destacado corresponde al original).**

Esta decisión dio lugar al recurso de apelación deducido por la demandada a tenor de los agravios que expone en su memorial de fs. 424/440.

Voto del Juez Carlos F. Balbín.

II. En este contexto, resulta oportuno destacar que las circunstancias fácticas y las pruebas producidas en autos confirman que la parte actora se encuentra entre los grupos de personas de pobreza crítica que tienen acordado atención prioritaria

en los planes de gobierno creados especialmente para superar esa condición (arts. 11, 17 y 31 CCABA). En los términos que emanan de la decisión del TSJ adoptada en los autos “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘K.M.P c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)’”, expte. n° 9205/12, con fecha 21/03/2014, la parte actora tiene derecho a que la accionada le brinde alojamiento. En ese sentido, corresponde señalar que el pronunciamiento de fs. 327/336 vta., mediante el que esta sala valoró y comprobó la referida situación de vulnerabilidad del grupo familiar, se encuentra firme.

III. El orden expositivo

En primer lugar, creo conveniente esbozar –por razones de claridad– la estructura argumental de este voto y, luego, los argumentos jurídicos.

Corresponde aclarar que, al tratarse del recurso contra una resolución adoptada en la etapa de ejecución de sentencia, no debe reeditarse el debate sobre cuestiones ya concluidas en el presente proceso judicial. De todas maneras, abordaré los agravios del GCBA que –soslayando lo anterior– están dirigidos a cuestionar la sentencia definitiva y aquellos que, si bien se refieren a la medida ahora impugnada, no controvierten fundadamente los argumentos del juez de grado. Tras desestimar estos planteos, consideraré la objeción de mayor peso que formuló la parte demandada sobre el trámite de ejecución, fundada en el supuesto desconocimiento del principio constitucional de división de poderes.

Ello exigirá detenerse en los alcances de dicho principio cardinal de nuestro entramado institucional. Como explicaré, es simple afirmar que la división de poderes no puede interpretarse de modo tal de impedir al juez la adopción de medidas para satisfacer los derechos de las personas (entre los que se cuentan ciertamente los derechos sociales) y, más aún, en casos excepcionales de grave desconocimiento de derechos.

A su vez, consideraré dos agravios, también vinculados a este principio y su desarrollo. Por un lado, según el criterio de los recurrentes, el juez se extralimitó al decidir sobre la distribución de los recursos públicos (en especial, el destino sobre el uso de un inmueble de propiedad estatal con el objeto de satisfacer derechos sociales). Por

el otro, el impugnante sostiene que la decisión judicial cuestionada no encuentra sustento en las leyes aplicables al caso.

Finalmente, para determinar si, en el marco del presente proceso, es correcta la entrega de una vivienda bajo la figura del comodato social, deberán ponderarse distintas circunstancias específicas y propias del caso judicial. Por un lado, se ha intimado reiteradamente al GCBA para que formule propuestas tendientes a dar cumplimiento a la sentencia, sin respuestas jurídicamente satisfactorias. Por otro lado, debe tenerse en cuenta el tiempo transcurrido desde la sentencia, y de qué modo ello incide en el derecho del grupo actor. En este contexto, habida cuenta de la situación de vulnerabilidad del grupo familiar y del incumplimiento de la sentencia, cabe adelantar que el comodato se presenta como una solución adecuada para dar satisfacción al derecho a la vivienda en cumplimiento del mandato judicial firme.

IV. Las cuestiones preliminares

Ante todo, y con el propósito de analizar la solución ordenada por el juez de grado, es conveniente aclarar y precisar cuál es el estadio en que se encuentra el presente proceso judicial.

En primer lugar, debe ponerse de resalto que la sentencia que establece la obligación del GCBA de brindar alojamiento al grupo actor se encuentra firme. Es decir, no puede ya controvertirse que la familia que inició esta acción es titular de un derecho fundamental; que sufre una situación habitacional grave; y que es obligación de la demandada dar una respuesta adecuada, según el mandato normativo vigente. Por evidente y no estar controvertido, tampoco puede ponerse en tela de juicio que dicha respuesta debe ser suficiente (estándar adecuado) y oportuna en el tiempo (estándar temporal).

Como ya he señalado reiteradamente, las personas en situación de desamparo –con sustento en el principio de autonomía individual y autodeterminación– tienen derecho a una protección que garantice debidamente sus necesidades habitacionales básicas; hecho que obliga al Estado a adoptar conductas activas (planificación y ejecución de políticas públicas) que hagan posible la inclusión social (superación de la pobreza y de la exclusión) y el goce de los derechos fundamentales (en particular y en cuanto aquí interesa, el derecho de acceso a la vivienda). Ello, debido

a que el derecho a la vivienda adecuada posee una importancia fundamental en tanto contribuye necesariamente al disfrute de otros derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el “PIDESC”), entre otros instrumentos jurídicos.

En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tiene dicho que “[e]l derecho humano a una vivienda adecuada es un derecho fundamental que constituye la base para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales y está vinculado en su integridad a otros derechos humanos, incluyendo los del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El derecho a la vivienda se debe garantizar a todos (...) y los Estados partes deben tomar todas las medidas que sean necesarias para lograr la plena realización de este derecho, hasta el máximo de sus recursos disponibles” (Comunicación n° 5/2015).

Asimismo, el tiempo que transcurre sin que el grupo familiar acceda a una vivienda en condiciones dignas importa la frustración de esos otros derechos agravando el cuadro de exclusión y dificultando el proceso de inclusión social.

V. El incumplimiento del fallo

Debe ponerse de resalto que desde que se dictó la sentencia a favor de los actores, transcurrió un tiempo excesivo para que la demandada dé cumplimiento adecuado al mandato judicial.

Adviértase que, al resolver la cuestión de fondo, esta Sala dispuso que el GCBA “...formule una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas a la situación de la amparista” (fs. 327/336). Dicho fallo fue dictado el 28 de diciembre de 2017.

A su vez, en el mes de mayo de 2018, la actora denunció el incumplimiento de la sentencia (fs. 348/349). A raíz de esta presentación, el *a quo* dispuso como medida para mejor proveer, la constatación de las condiciones del inmueble. Mediante esta diligencia se corroboró que no se encontraban satisfechos los requerimientos básicos habitacionales del grupo familiar.

En efecto, en esa oportunidad se consignó que la cocina “... se comparte con 10 habitaciones, con aproximadamente 5 personas por habitación según manifiesta la Sra. D[.] ...”. Contiguamente, hay dos baños “...sin distinción de uso por género,

con un caño que hace de ducha”. La habitación del grupo actor cuenta aproximadamente con 4 por 3 metros de superficie, y allí “... se advierte la existencia (...) de una ‘pelela’ que la Sra. D[.] manifiesta que es utilizada por M[.] dadas las escasas condiciones de higiene que habitualmente tiene el baño” (fs. 359/360).

En consecuencia, el 19 de junio de 2018, el magistrado intimó al GCBA para que en el plazo de cinco días realice una propuesta a la actora para hacer frente a la obligación de brindarle un alojamiento en condiciones adecuadas a la situación del grupo familiar (fs. 393).

En segundo lugar, frente a la falta de respuestas de la demandada, el juez ordenó la entrega de una vivienda bajo la figura del comodato social; decisión impugnada ante este tribunal.

Debe ponerse de resalto que, más allá de la disconformidad del Gobierno con la orden de entregar una vivienda en comodato, lo cierto es que tampoco ha ofrecido ninguna alternativa adecuada que permita a las personas afectadas contar con el alojamiento previsto en el marco de la sentencia ya firme.

En efecto, como surge del incidente 100/2016-2, en la audiencia celebrada el 20 de septiembre del año pasado, el GCBA propuso afrontar el costo del alquiler, expensas, impuestos y servicios de una vivienda de dos ambientes, por un lapso de dos años. Sin embargo, frente al incumplimiento de la demandada, el 16 de octubre el juez de grado dispuso que el lugar de habitación transitorio fuese propuesto por la actora. Esta decisión fue apelada por el GCBA, lo que dio lugar a la formación de un nuevo incidente (100/2016-3).

De la reseña precedente surge que hace ya más de un año que esta Cámara de Apelaciones ha ordenado al Gobierno que formule una propuesta de alojamiento al grupo actor (conf. sentencia del 28 de diciembre de 2017, a fs. 327/336). Pese a ello, y a las sucesivas intimaciones, hasta el presente el Gobierno no ha dado una respuesta satisfactoria. En definitiva, la actora sólo percibe un subsidio habitacional (fs. 474), por un monto insuficiente para acceder a una vivienda adecuada según las necesidades habitacionales básicas del grupo familiar.

VI. La situación del grupo familiar

Es necesario destacar la situación de vulnerabilidad del grupo actor con el objeto de contextualizar el presente caso. Se trata de una mujer de cuarenta y nueve años de edad, que padece el virus de inmunodeficiencia adquirida (V.I.H.); sin empleo formal; y sin contención familiar. Asimismo, se encuentra a cargo de dos hijos de doce y nueve años.

El hijo menor padece un trastorno del espectro autista (fs. 16). En el informe interdisciplinario realizado en el Hospital “Dra. Carolina Tobar García” se describen los siguientes tratamientos que recibe el niño: “psicología, psiquiatría (sin indicación de medicación al momento actual), acompañamiento terapéutico, terapia ocupacional, fonoaudiología, psicomotricidad, psicopedagogía, se incluyó en el taller de música, se encuentra en lista de espera para incluirse en el taller de sensaciones. Pediatría y odontología. La madre se incluye en el Grupo de padres que funciona una vez por semana (...) Concorre a hospital de día lunes, martes y miércoles por la mañana”. En cuanto a su escolaridad, “... fue evaluado por Gabinete Central con indicación de escuela especial. Se encuentra en lista de espera para la escuela especial n° 17 y hasta que se produzca la vacante tiene indicación para comenzar en la escuela especial n° 14”.

Por otra parte, “... la madre es único sostén del hogar, trabaja como vendedora ambulante y ha tenido que reducir las horas de trabajo para traer al niño al tratamiento al que concurre con continuidad, asistiendo con la regularidad indicada por el equipo. La red de apoyo familiar y social por el momento no opera como sostén efectivo (...) A su vez, la madre padece severos problemas de salud con seguimiento en el hospital Borda, por cercanía del tratamiento de su hijo facilitando el acceso a la atención de su salud y en el Ramos Mejía. Dada la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentra la familia se considera de suma necesidad la posibilidad de continuidad del subsidio habitacional” (fs. 22/23).

Del informe elaborado en el ámbito de la Subsecretaría de Fortalecimiento Familiar y Comunitario del GCBA (fs. 477/78) se desprende que la señora A. D. cuenta con instrucción secundaria incompleta y trabaja como vendedora ambulante. En relación con el padre de los niños, la pareja se separó cuando M. tenía dos años. Según refirió la señora D., el padre no mantiene vínculo afectivo con ellos. En cuanto a la situación de M., su madre explicó que además de sufrir trastorno

generalizado del desarrollo, “tendría un retraso madurativo”, y que es totalmente dependiente de cuidados parentales. Asimismo “[s]e informó que M. y [su hermana] R. padecen de asma bronquial, recibiendo tratamiento desde el Ce. SAC N° 45 con puff de Budesonide, Fluticasona y Fumarato de formoterol”. Respecto de R., “... se sugirió que realice consulta psicológica, habida cuenta de situaciones de bull[y]ing que la niña habría pasado”.

VII. Los agravios del GCBA

Sentado lo anterior, debe considerarse cuáles son los agravios de la demandada. Pues bien, no se cuestiona que el comodato dé satisfacción a los derechos reconocidos en la sentencia de fondo; tampoco se aduce que la manda judicial resulte de incumplimiento imposible –más allá de los dichos sobre la finitud de los recursos públicos–; ni que, por caso, el GCBA carezca de inmuebles adecuados para estos fines.

En efecto, la recurrente objeta que se haya declarado la inconstitucionalidad del decreto 690/06; sin embargo, desconoce que la resolución judicial ahora impugnada ha sido dictada en la etapa de ejecución de sentencia, de modo que no corresponde reeditar en esta oportunidad el debate sobre puntos ya dirimidos. Más aún, al expedirse sobre el fondo, el juez de grado –en una decisión luego confirmada por esta sala– advirtió que el programa creado por el decreto 690/06 era insuficiente para dar satisfacción al derecho reclamado, pero que “... no resulta necesario concluir que por esta razón deviene inconstitucional” (fs. 260 vta.).

Tampoco asiste razón al GCBA cuando plantea que los programas sociales son “temporarios y transitorios”; que “el resultado” que la Constitución de la Ciudad “pone a cargo del Estado no es de cumplimiento instantáneo, ni siquiera inmediato o de corto plazo”; que “los recursos devienen escasos”; o que la actora no se encuentra en una situación de vulnerabilidad que justifique su pretensión (fs. 427/8). Estos agravios también están orientados a cuestionar la decisión que ha reconocido a los actores el derecho de acceder al alojamiento. Sin embargo, como ya fue explicado, esta cuestión se encuentra ya precluida en el estado actual del proceso.

Sin perjuicio de ello, se trata de planteos que no invalidan lo decidido sobre la cuestión de fondo, y a los que he tenido ocasión de referirme en reiteradas oportunidades. Así, la obligación de que el Estado garantice a los sectores más

vulnerables el derecho a la vivienda –reconocido convencional y constitucionalmente y reglamentado en términos generales y amplios por las leyes 3706 y 4036- ha sido admitida por el TSJ a partir de los precedentes “K.M.P.” y “Veiga Da Costa”, así como en fallos posteriores; aunque cabe reconocer que esa línea jurisprudencial se limitó a ciertos supuestos (excluyendo, por ejemplo, el de familias con menores, en cuyo caso sólo se admite a su favor el otorgamiento de un subsidio limitado en su monto).

A su vez, entiendo que tal protección debe ser “permanente” en el tiempo y en suficiencia, tal como he venido sosteniendo a lo largo de los años en distintos precedentes, respecto de todas las personas en situación de vulnerabilidad social y económica (conf. “Rivero, Irene N. c/ GCBA s/ amparo”, EXP 8156/2014-0, 19/6/17, entre muchos otros).

Por otro lado, tampoco es atendible el argumento basado en la violación del principio de congruencia. Cabe recordar que la apelante aduce que el juez falló *extra petita*, toda vez que la actora no solicitó que se le entregara un inmueble en comodato. Este planteo tampoco será acogido. Adviértase que la demanda tiene por objeto que el Gobierno asista al grupo actor de modo que pueda acceder a una vivienda adecuada en condiciones dignas de habitabilidad. Si bien esta pretensión podría ser garantizada mediante un subsidio –siempre que se brinde en términos adecuados–, no es ésta necesariamente la única medida plausible para satisfacer el derecho invocado. De hecho, la sentencia definitiva ordenó que el GCBA presente una propuesta de alojamiento, sin circunscribir la solución a una modalidad particular. La manda judicial, al ordenar al Gobierno que formule una propuesta, no excluyó ninguna alternativa que resulte adecuada para el cumplimiento de la sentencia. Sin embargo, lo cierto es que el Gobierno no ofreció ninguna solución razonable. En este marco se dispuso la entrega de una vivienda bajo la figura del comodato social. El juez no resolvió *extra petita*, sino que –ante la evidencia de que el GCBA no cumplió con la condena– dispuso el modo de hacerla efectiva entre diversas alternativas plausibles.

En definitiva, lo que se discute ahora es cómo hacer efectiva la sentencia y éste es en verdad el aspecto controvertido sobre el que debe expedirse el tribunal.

Así pues, habrá de determinarse si, al ordenar la entrega de una vivienda bajo la figura del comodato social, el magistrado ha invadido competencias de los otros poderes. En ese sentido, la demandada aduce que la resolución transgrede el principio

de división de poderes “... ya que está asumiendo conducta propia del Poder ejecutivo a la vez que dispone el destino de los bienes inmuebles del estado local...” (fs. 428 vta.).

Entiendo que este agravio exige una consideración más detenida y contextualizada.

VII.1. El principio de división de poderes

i) Alcance y sentido del principio en el marco del proceso judicial

Naturalmente, no es posible desconocer la trascendencia del principio de división de poderes. Sin embargo, discrepo respecto de la idea que subyace en el planteo de la recurrente en relación con este postulado fundamental de nuestro diseño institucional.

En primer lugar, conviene recordar que la división de poderes nace –al menos según la tradición de las revoluciones liberales influidas por el pensamiento de Montesquieu (Capítulo VI de “El espíritu de las leyes”)– como un instrumento tendiente a resguardar los derechos individuales; en particular, y en ese contexto histórico, la libertad y la propiedad de las personas frente al poder.

La discusión acerca del sentido, contenido y límites de la división de poderes se ha complejizado significativamente, e incluso se han explorado múltiples alternativas que se apartan de la separación tripartita clásica (conf., por caso, Ackerman, Bruce, “The New Separation of Powers”, Harvard Law Review, 113, nº 3, pp. 633-729). De todos modos, la satisfacción de los derechos sigue siendo el fundamento central de este principio, más allá del control del poder estatal y el ejercicio más eficiente de éste. Ello es así pues una de las amenazas al ejercicio pleno de los derechos es la posibilidad de que los poderes públicos se extralimiten y los desconozcan por acción u omisión. En efecto, no debe olvidarse que el fundamento principal de las divisiones y límites impuestos al poder es el respeto por los derechos de las personas. Esa premisa debe tenerse presente cuando se intente precisar el alcance de las competencias de las ramas del gobierno

Se ha sostenido que “... la función principal de la división de poderes era la de diferenciar los poderes del Estado, de tal manera que uno fuera el freno y el límite del otro (...) Este modelo ha condicionado profundamente la construcción del moderno Estado de derecho: en positivo (...); pero también en negativo, dado que todas las

funciones administrativas de garantía propias del moderno Estado social –la educación, la asistencia sanitaria, la seguridad social–, al no ser caracterizables como funciones legislativas o judiciales, han sido concebidas y se han desarrollado (...) en el interior del Poder Ejecutivo” (“Democracia y garantismo”, L. Ferrajoli, Madrid, Trotta, 2008, p. 105).

El inconveniente es que el Estado Liberal de Derecho fue desbordado por el nuevo rol del Estado social, cultural y económico, y el reconocimiento de los nuevos derechos. Sin embargo, el legislador no ha desarrollado un nuevo modelo de Estado en términos sistemáticos y coherentes con instituciones, garantías y mecanismos más eficaces. El Estado actual y, en particular, el principio de división de poderes así reformulado es simple superposición de reglas e institutos que rompen el modelo clásico del Estado Liberal, pero que no ha sido capaz por sí mismo de reconstruir y contener las ondas expansivas de las nuevas demandas sociales y el vínculo entre Estado y Sociedad. Desde esta perspectiva, es posible sostener que el Poder Judicial, al resolver casos relativos a derechos sociales, interviene en el marco de las políticas públicas y no sólo en su control (conf. mi “Tratado de Derecho Administrativo”, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2015, t. I, p. 122).

En suma, el principio de separación no implica que la actividad de los distintos poderes se desarrolle sin diálogo y de modo inconexo. En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido que “la articulación conjunta de las diversas herramientas se plasma en el marco del principio de colaboración sin interferencias que debe guiar la relación entre los distintos poderes del Estado en el sistema republicano de división de poderes contemporáneo” (Fallos 339:1077).

En nuestro marco constitucional, el diseño e implementación de las políticas públicas incumbe centralmente a los poderes Legislativo y Ejecutivo. Estos poderes cuentan, además, con la legitimidad que proviene del sufragio directo. Ello marca una diferencia central con la posición de los jueces, quienes integramos un poder que puede describirse, como lo hace cierta doctrina, como “contramayoritario”.

Tales circunstancias justifican la prudencia que debe guiar la labor del juez cuando ejerce su escrutinio sobre los términos en que las otras ramas del gobierno planifican y ejecutan las políticas públicas en razón de su legitimidad.

Sin embargo, este aspecto es sólo uno de los que informan el rol judicial.

También es cierto que, a través de los representantes elegidos democráticamente, nuestro ordenamiento jurídico ha incorporado un importante conjunto de derechos y, además, les ha reconocido jerarquía constitucional. Ello ha importado asumir, en consecuencia, las respectivas obligaciones convencionales de respeto y garantía (reflejadas, por caso, en el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que esos derechos son operativos y exigibles; y que éstos –en particular, los derechos sociales, como ocurre en el presente caso– exigen para su satisfacción prestaciones a cargo del Estado. En este sentido, me remito a las conclusiones del reciente informe que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas publicó sobre la situación en la Argentina (“Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Argentina”, del 12 de octubre de 2018, disponible en www.acnudh.org).

Pues bien, el juez debe intervenir cuando, en el marco de un caso concreto, se plantea esta discordancia entre lo que sucede efectivamente (hechos) y aquello que prescribe la ley (supuestos de hecho). Es de prever entonces que, cuanto mayor sea la brecha entre lo que establece la norma y la realidad, mayor será también la demanda ante los tribunales de las personas cuyos derechos estén vulnerados por ese estado de cosas. Pero, en ese marco, es equivocado interpretar que la actividad judicial así desarrollada obedece a un interés de los jueces por invadir competencias reservadas a los otros poderes. Ver, en tal sentido, entre otros materiales jurídicos, el Informe de la Relatora especial de las Naciones Unidas del 15 de enero de 2019 sobre “El acceso a la justicia para la defensa del derecho a la vivienda” (disponible en www.ohchr.org); el caso “Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others”, del 4 de octubre de 2000; el precedente “Olga Tellis and Others v. Bombay Municipal Council”, fallado por el Tribunal Supremo de la India el 10 de julio de 1985; el caso “Las masacres de Ituango vs. Colombia” de la Corte IDH y, entre nosotros, el antecedente “Q. C.” de la CSJN. █

ii) El principio de división de poderes y el cumplimiento de las sentencias firmes

Es evidente que el gobierno no puede ampararse en el principio constitucional y convencional de la división del poder para evitar el cumplimiento de una sentencia que procura, justamente, garantizar derechos fundamentales.

Ciertamente, es razonable discrepar sobre los méritos de una sentencia firme. Sin embargo, lejos de brindar argumentos para su incumplimiento, el principio de división de poderes exige que ésta sea obedecida y ejecutada por el propio Estado. Vale recordar, en este sentido, que el equilibrio entre los poderes estatales también puede verse afectado por las omisiones de éstos (Przeworski, Adam, “Qué esperar de la democracia”, Bs. As., Siglo XXI, p. 210).

En esa inteligencia, frente a la comprobada insuficiencia de las medidas arbitradas por la demandada, no se advierte que la decisión judicial tendiente al cumplimiento de la sentencia contravenga el principio de división de poderes. Más aún, podría considerarse que es la Administración quien, con su conducta, altera el equilibrio entre la rama ejecutiva y la judicial; y aun también afecta a la legislativa, en la medida en que la decisión del juez se apoya, entre otras fuentes, en las reglas jurídicas aprobadas por el legislador (en particular, aquellas que instituyen el deber estatal de dar alojamiento a grupos vulnerables).

En este contexto, corresponde considerar dos objeciones puntuales del Gobierno a la entrega de una vivienda bajo la figura del “comodato social”, también apoyadas en el principio de división de poderes. *Por un lado*, el argumento de que la manda judicial supone una indebida intromisión en el manejo de los recursos públicos (particularmente, en la gestión de los inmuebles de propiedad estatal). *Por el otro*, el hecho de que el juez se extralimitó, pues la decisión adoptada no se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico.

iii) La decisión judicial sobre recursos públicos

Cabe remarcar que la medida impugnada persigue garantizar el contenido mínimo del derecho invocado e impacta sobre los recursos públicos al ordenar indirectamente su redistribución con ese alcance. Sin embargo, cualquier decisión judicial redistribuye riesgos y recursos en términos de derechos lesionados y con el propósito de restaurarlos, conforme el orden normativo vigente; y ello no desvirtúa ni invalida la intervención del juez.

De allí que resulte equivocado afirmar, como lo hace la recurrente, que “... el Sr. Juez de grado con exceso de jurisdicción sustituyó a la administración, adoptando la función ya no solo del Juez Legislador, sino ahora la del Juez Administrador” (fs. 429).

En efecto, al advertirse que la asignación así dispuesta responde a un imperativo constitucional, no es atendible en este contexto el argumento según el cual no corresponde al juez decidir sobre el destino de los recursos públicos. En rigor, la mayoría de las sentencias en las que se condena al Estado tiene una incidencia directa en el presupuesto. Nadie aduciría, sin embargo, que el juez se extralimita cuando le ordena al gobierno abonar una indemnización por los daños y perjuicios por mala praxis en los hospitales públicos; proveer medicamentos o asistencia sanitaria a las personas; invalidar un crédito tributario reclamado por el Fisco; o condenar a la entrega de un subsidio habitacional.

A su vez, no puede postularse que el juez está asignando recursos públicos sobre la base de una preferencia personal, ni que esté invadiendo competencias de otros poderes en lo que se refiere al diseño e implementación de políticas públicas, más allá de que sus decisiones inevitablemente incidan sobre tales aspectos.

Por otra parte, no es función del Poder Judicial prever los recursos económicos para hacer frente a las prestaciones sociales, pues su misión consiste en resolver la controversia concreta y reconocer o no el derecho controvertido. El resto compete a los poderes políticos a través del diseño cabal, meditado y progresivo de políticas públicas que, además, deben ser apropiadas, inclusivas y universales (conf. “Rivero, Irene N. c/ GCBA s/ amparo”, EXP 8156/2014-0, 19/6/17, entre muchos otros).

Finalmente, es cierto que el juez al resolver en estos casos (contencioso administrativos y no simplemente entre particulares) y redistribuir recursos no evalúa el impacto sobre los derechos de terceros ajenos al debate judicial, por las características propias del proceso, sino solo entre las partes; en tanto el Legislador al dictar las leyes sí conoce el interés de todos, y no solo el de las partes en el proceso judicial, y así distribuye derechos de modo más ecuánime y justo, sin exclusión de terceros quizás más vulnerables. Sin embargo, este argumento se desvanece pues aquí el debate está centrado en el reconocimiento del núcleo de los derechos fundamentales y su

inviolabilidad. Es decir, ningún criterio de distribución de derechos (legislativa, administrativa o judicial) puede vulnerar ese estándar. En tal contexto, no es posible oponer otro derecho más vulnerado, sino otros derechos igualmente vulnerados y, en tal caso, todos dignos de reconocimiento, más allá de los canales institucionales (legislativo, administrativo o judicial).

El matiz que ofrece el caso es que se ha ordenado la entrega de una vivienda en comodato. Ciertamente, no se trata de una medida habitual, pero ello no la hace, *per se*, ilegítima. En última instancia, lo que se ordena es que se destinen bienes o recursos a un grupo que se encuentra en situación de vulnerabilidad y ve frustrado el ejercicio de sus derechos más básicos. Adviértase que, desde el momento en que se ordena al GCBA que dé alojamiento a la parte actora, se están afectando recursos públicos. Así pues, frente a la reticencia de la demandada, la resolución impugnada ha definido, con mayor precisión, el modo en que debe cumplirse el fallo anterior y definitivo. No se altera la sustancia de la sentencia de fondo. Simplemente, se especifica el modo en que debe ejecutarse y hacerse efectivo el mandato judicial ya firme.

No desconozco que el universo de viviendas estatales a las que se puede dar este destino es limitado. En rigor, los recursos públicos siempre lo son, y se sabe que ello no es un argumento jurídicamente suficiente para desconocer el contenido sustancial de los derechos fundamentales.

Además, en el precedente “Pereyra” (2014), sostuve que la presunta insuficiencia presupuestaria del Estado local para hacer frente a sus obligaciones es una cuestión de hecho condicionada a la apreciación de la prueba, cuya carga recae sobre la demandada; y recordé que el reconocimiento del derecho a la vivienda digna importa, necesariamente, el deber concreto e inmediato del estado de reglamentarlo y así implementarlo para garantizar su efectividad respetando su finalidad. En particular, cuando se está en presencia de personas en situación de vulnerabilidad extrema, como sucede en la especie.

Cabe tener presente, además, que en razón del tiempo transcurrido desde que la sentencia definitiva adquirió firmeza hasta el presente, el Gobierno pudo realizar las provisiones presupuestarias necesarias para dar cumplimiento a la decisión de los jueces.

De todos modos, es posible interpretar que, según el agravio del Gobierno, ordenar la entrega de una vivienda en comodato supone una injerencia mayor en la gestión de los recursos, que en los casos en que la orden judicial simplemente admite el desembolso de sumas de dinero vía subsidios u otros medios alternativos.

A mi juicio, estos reparos no bastan para invalidar la decisión del juez de grado. En primer término, la medida fue adoptada sólo luego de que fracasaran otras alternativas tendientes a dar cumplimiento a la sentencia. En segundo término, la demandada no controvierte que existan inmuebles a los que pueda darse este destino. A partir de este postulado, la entrega en comodato de bienes ociosos se presenta como una opción razonable. Y, en tercer término y como ya se ha señalado, el grupo familiar destinatario se encuentra en una situación de grave vulnerabilidad.

Asimismo, no se advierte –y el GCBA tampoco presenta razones que permitan inferirlo– que al entregar una vivienda a esta familia se desplace a otro grupo con mayor necesidad de asistencia en resguardo de sus derechos básicos. Por otra parte, tal como he señalado anteriormente, una vez verificado que en el caso a decidir se ha vulnerado el contenido mínimo esencial del derecho invocado, el deber del tribunal es remediar esa situación, sin que le corresponda establecer un orden de prioridades entre personas que se encuentren en una situación de exclusión social.

Llegados a este punto, es oportuno distinguir la actividad del juez en el marco de un caso particular, de la que desarrolla la administración cuando debe implementar una política pública para la asignación de bienes escasos. Entre otros recaudos, la administración debe fijar, *ex ante*, procedimientos que permitan anticipar cuáles serán los criterios que se seguirán para dicha adjudicación, de modo de no vulnerar los derechos de los potenciales interesados (conf. por caso, Arroyo Jiménez, Luis, “Las bases constitucionales de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número”, en Luis Arroyo y Dolores Utrilla (dirs.), “La administración de la escasez”, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 47-107). *Resulta claro, en cambio, que el juez debe limitarse a decidir el caso sometido a su jurisdicción y restaurar el derecho fundamental lesionado en su esencialidad.*

En este escenario, el hecho de que sea la administración quien, conforme las pautas fijadas por la Legislatura, gestione los inmuebles de propiedad estatal, no invalida la decisión del juez.

Por un lado, no se ha planteado ni demostrado que la medida obstaculice o entorpezca la consecución de ningún cometido estatal. Por el otro, la decisión impugnada se halla dirigida a cumplir obligaciones asumidas por la Ciudad. Adviértase que el art. 31 de la Constitución de la Ciudad no sólo reconoce el derecho a una vivienda digna, sino que además a fin de garantizarlo “auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos”. Asimismo, que el GCBA entregue en comodato temporalmente una vivienda a un grupo familiar en situación de vulnerabilidad –y frente al cual se ha reconocido la existencia de un deber prestacional a cargo de la demandada–, se ajusta a la función social que deben cumplir los bienes de propiedad estatal.

Cabe recordar que el uso de la propiedad privada se encuentra subordinado al interés social (conf. el art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En ese orden, la Corte IDH ha establecido que el Estado puede restringir los derechos de propiedad contemplados en el artículo 21 de la convención si la restricción responde “a los intereses de la sociedad” (“Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, párr. 127). Según ese tribunal, “[e]l derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional” (“Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, párr. 60).

Asimismo, la función social de la propiedad privada ha sido reconocida, entre nosotros, por muchas de las Constituciones provinciales (por ejemplo, el art. 67 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, art. 23 de la Constitución de Entre Ríos, art. 36 de Jujuy, art. 15 de la Constitución de Santa Fe, etcétera). Por su parte, la Corte Suprema argentina también ha reconocido la función social de la propiedad (Fallos 286:166; 289:67).

En ciertos casos, la propiedad es destinada a promover el acceso a la vivienda de terceros. Por ejemplo, la Provincia de Buenos Aires ha dictado la ley 14.449

de Acceso Justo al Hábitat, que tiene por objeto “... la promoción del derecho a la vivienda y a un hábitat digno y sustentable” (art. 1º). En su art. 12, la ley establece que “[l]a propiedad inmueble cumple su función social cuando respeta las exigencias y determinaciones expresadas en las Leyes y normas generales, así como en los planes, proyectos y reglamentaciones que regulan la producción del hábitat, con el fin de garantizar la calidad de vida, el uso ambientalmente sostenible del territorio y la justicia social”. Asimismo, la ley prevé, bajo ciertas condiciones, la posibilidad de expropiar inmuebles urbanos baldíos o con edificaciones derruidas o paralizadas (art. 87).

A nivel nacional, mediante el decreto 358/17 se creó el Registro Nacional de Barrios Populares en Proceso de Integración Urbana (RENABAP). En los considerandos de dicha medida se consigna que más de dos millones de personas se encuentran en una situación de tenencia irregular de su vivienda. Asimismo, se señala que “la precariedad en la tenencia del suelo incide negativamente en la calidad de vida de las personas, limitando el acceso a la infraestructura y a los servicios públicos, lo que contribuye a la generación de situaciones de pobreza, marginación y fragmentación social”; y que “dar solución al problema habitacional constituye uno de los pilares fundamentales para erradicar definitivamente la pobreza de nuestro país, lo que necesariamente requiere de la intervención estatal de forma inmediata”.

Asimismo, recientemente se ha aprobado el Régimen de Regularización Dominial para la Integración Socio Urbana (ley 27.453). Entre otras disposiciones, la ley declara de utilidad pública y sujeta a expropiación la totalidad de los bienes inmuebles en los que se asientan los Barrios Populares relevados en el RENABAP (art. 2º).

Así las cosas, pues, si se ha reconocido la función social de la propiedad privada de las personas, resulta indudable que ese rasgo está presente, con mayor intensidad, cuando se trate de bienes estatales (públicos y privados). El contenido de dicha función, además, no puede ser otro, en última instancia, que la satisfacción de derechos individuales, sociales y colectivos que subyacen en el concepto de interés general (conf. mi “Tratado de Derecho Administrativo”, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2015, t. I, p. 355).

iv) La ausencia de previsiones legales sobre la figura utilizada

También se ha planteado que la decisión judicial en el presente caso no encuentra apoyo expreso en la ley positiva regulatoria de las políticas de vivienda en el ámbito de la Ciudad.

Si bien es verdad que la medida (la figura del comodato) no se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico local (conf. las leyes 3706, 4036 y 4042), cierto es que la normativa reconoce el derecho al alojamiento para el grupo actor. En efecto, el art. 25 inc. 3° de la ley 4036 establece que la Ciudad deberá “brindar alojamiento para aquellas personas con discapacidad que se hallen en situación de vulnerabilidad social”. Por su parte, al referirse a los programas de vivienda de la Ciudad, el art. 3° de la ley 4042 tutela a los grupos familiares con niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, estas reglas deben ser interpretadas a la luz del marco constitucional y convencional que reconoce expresamente el derecho a la vivienda (conf. art. 11.1 del PIDESC, art. 14 bis de la Constitución Nacional y art. 31 de la Constitución de la Ciudad), al que me he referido en mi voto al dictar la sentencia definitiva en autos, y a cuyos términos me remito por razones de brevedad.

Nos encontramos, entonces, frente a un grupo familiar al que le asiste un derecho fundamental que, además, ha sido reconocido por una sentencia definitiva por encontrarse gravemente vulnerado. A su vez, debe destacarse que, antes de ordenarse el comodato, el GCBA contó con la posibilidad de presentar propuestas para dar alojamiento al grupo familiar. Sin embargo, pese al tiempo transcurrido, no dio ninguna solución satisfactoria. Así las cosas, las personas continuaron viviendo en una habitación de tamaño reducido, con cocina y baño compartidos y en condiciones sanitarias insuficientes (máxime teniendo en cuenta sus graves problemas de salud).

Además, si bien es cierto que el comodato social en este contexto no se encuentra regulado expresamente, es posible inferirlo implícitamente apoyándose en los principios constitucionales y convencionales, las leyes antes citadas, y en el derecho de acceso a la vivienda. A su vez, el legislador no prohibió el comodato social respecto de los inmuebles locales.

No desconozco que las reglamentaciones dictadas por el GCBA reconocen centralmente subsidios para cumplir con sus obligaciones convencionales, constitucionales y legales en materia de derecho a la vivienda. Ahora bien, tampoco es posible desconocer que en el presente caso esos subsidios han resultado un remedio

insuficiente. Adviértase que el grupo actor es titular de un derecho con fundamento legal y convencional –reconocido judicialmente– a la vivienda. El alcance de este derecho no puede determinarse sólo sobre la base de las normas reglamentarias, sino a la luz de los preceptos constitucionales antes mencionados y de los principios de nuestro ordenamiento. Entre otros, cabe citar aquí el principio sobre el reconocimiento y exigibilidad de los derechos (arts. 14 y 33 de la CN); el de la tutela judicial efectiva (art. 18 de la CN); y, en términos generales, los principios sobre derechos humanos que surgen del art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental, entre otros. Estos principios no sólo sirven para interpretar las normas, sino que constituyen un límite ante el poder porque integran el ordenamiento jurídico al cual debe someterse el Estado (conf. mi “Tratado...”, cit., t. I, p. 450 y siguientes).

A su vez, los principios cumplen otra función, también relevante a los efectos de esta decisión. No sólo son fundamento y guía de interpretación, sino también fuente directa en caso de insuficiencia de la ley (conf. González Pérez, Jesús, “El método en el Derecho Administrativo”, Madrid, Revista de Administración Pública, nº 22, 1957, pp. 55-56). Vale aclarar que la utilización de los principios para la solución del caso no conlleva una expansión indebida del arbitrio judicial, pues “tampoco se deriva esta autoridad de la voluntad del Juez, afirmándose éste siempre como servidor de los principios, no como su autor; constata la existencia de éstos, pero no pretende crearlos; ciertamente, el carácter abstracto y general inherente a la naturaleza de aquéllos, le confiere en su aplicación un amplio poder de interpretación, pero no por ello se estima menos ligado por el sólo hecho de su existencia” (Rivero, Jean, “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo francés contemporáneo”, Madrid, Revista de Administración Pública, nº 3, 1951, p. 296).

En igual sentido, cabe agregar que “... los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia” (Zagrebelsky, Gustavo, “El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”, 6ª ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 146 y 153).

Así, en el marco del Estado Constitucional y Social de Derecho, es deber de los jueces velar por la observancia de los derechos constitucionales, aun cuando las leyes reglamentarias no contemplen los instrumentos adecuados a ese efecto (conf. el recordado precedente “Siri”, Fallos 239:459).

Por caso, la Corte Suprema –sin perjuicio de no existir previsión legal sobre el efecto *erga omnes* de las sentencias– reconoció por ejemplo ese carácter al advertir que, en ciertas circunstancias, es el modo apropiado de tutelar los derechos afectados. En ese orden, sostuvo que “una inteligencia dinámica del texto constitucional, superadora de una concepción pétrea de sus directivas, conlleva la posibilidad de encontrar en él los remedios adecuados para cada una de las circunstancias que está llamado a regir. En ese sentido ha observado también el Tribunal que la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempo de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución” (“Halabi”, Fallos 332:111).

VII.2. El rol judicial frente al derecho reconocido al grupo actor

Cabe remarcar que la satisfacción de los derechos sociales puede entenderse como una cuestión de grados y que, en tal inteligencia, es legítimo y razonable que el gobierno asigne prioridades y fije metas que tengan en cuenta los recursos disponibles y las necesidades a atender.

Sin embargo, las decisiones que se adopten encuentran un límite en la sustancia del derecho que, en todos los casos, el Estado debe garantizar. Más allá del amplio margen de discrecionalidad del que disponen los poderes políticos, es función de los jueces controlar que ese límite no sea transgredido.

En este sentido, la Corte Suprema ha dicho que “hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos (...) 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” (“Q.C., S. Y. c/ GCBA”, Fallos 335:452, 24/4/12; énfasis agregado).

En efecto, la sola condición de persona humana hace imperativo que el Estado garantice, cuando menos, el núcleo de los derechos fundamentales. Así, pues, cabe preguntarse cuál es el sentido de incorporar estos derechos al orden jurídico si, frente a su vulneración, no es posible exigir. Así, “la concepción de los derechos humanos, basada en la supuesta existencia de un ser humano como tal, se quebró en el momento en que quienes afirmaban creer en ella se enfrentaron por primera vez con personas que habían perdido todas las demás cualidades y relaciones específicas, excepto las que seguían siendo seres humanos” (Arendt, Hannah, “Los orígenes del totalitarismo”, Madrid, Alianza, t. 2, p. 434).

Del carácter evidente de que los derechos sociales son justiciables, se sigue que el juez debe contar con facultades suficientes para hacer cierta y efectiva esa tutela. La Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere especialmente al carácter exigible de estos derechos y, en particular, al control judicial en el caso de violaciones. Se señala en ese documento que “... a veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles”. Y añade luego que “... la adopción de una clasificación rígida de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”.

Es evidente que existen fuertes cuestionamientos a la facultad judicial de privar de efectos a las decisiones de los poderes Legislativo y Ejecutivo –y aun de impartirles órdenes– (ver, entre otros, Waldron, Jeremy, “Derecho y desacuerdo”, Marcial Pons; Tushnet, Mark, “Taking the Constitution away from the Courts”; Hart Ely, John, “Democracy and Distrust”, entre otros).

Sin embargo, estos cuestionamientos –tal como sostuve anteriormente– son relativos, en particular en aquellas sociedades en las que existen amplios sectores en situación de pobreza extrema, en condiciones estructurales, y cuyos derechos fundamentales se ven fuertemente vulnerados. En este escenario, un texto constitucional como el nuestro, con amplio reconocimiento de los derechos sociales, no parece admitir dudas plausibles en cuanto a la obligación estatal de revertir tal estado de cosas. Así, pues, si el ordenamiento jurídico infraconstitucional (o, en su caso, infralegal) no es idóneo para superar dicho cuadro, corresponde al juez velar por la observancia de la Constitución y la ley.

En el precedente “Q.C.” (Fallos 335:452), la Corte Suprema sostuvo que, conforme la posición sentada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General n° 5, el deber estatal de “garantizar” los derechos sociales, significa “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas”. La Corte también estableció que estos derechos tienen operatividad “derivada”, en la medida en que su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo.

No obstante ello, advirtió que esa operatividad derivada está sujeta al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. En ese orden, afirmó que “hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos (...) La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces”.

Resulta claro que, en el presente caso, el derecho a la vivienda no se encuentra satisfecho; en particular si se tienen en cuenta los problemas de salud de la Sra. D. y de M., tal como surge del acta de la constatación judicial practicada en autos (fs. 359/360).

Por otra parte, la Sra. D. no cuenta con empleo estable, carece de instrucción y atraviesa graves problemas de salud; lo que excluye prácticamente sus

posibilidades reales de acceder a un trabajo formal. Cabe tener presente, además, que la discapacidad de M. requiere especiales cuidados parentales, lo que reduce el tiempo del que dispone su madre para dedicarse a la actividad laboral. En este marco, es razonable afirmar que las personas no cuentan con herramientas por sí mismas para superar la situación de vulnerabilidad estructural, exclusión y abandono.

También es necesario tener presente que el rol del juez no se circunscribe a dictar una sentencia en la que se reconozca el derecho de las personas. Debe procurar y asegurar, además, que su pronunciamiento sea cumplido, pues no se comprende cuál es el valor de una decisión favorable si ésta no es ejecutada y obedecida por las partes. Admitir que el Estado incumpla las sentencias judiciales "... importaría tanto como colocarlo fuera del orden jurídico, cuando es precisamente quien debe velar con más ahínco por su respeto". Por ello, es pertinente la intervención del juez para que se observe el fallo "... en el caso de una irrazonable dilación en su cumplimiento por la Administración pública" (Fallos 265:291).

VII.3. La razonabilidad de la solución adoptada

En este punto de la argumentación, la cuestión debe centrarse más puntualmente en el análisis de cómo habrá de cumplirse la sentencia. Ciertamente es que las políticas públicas deben ser diseñadas por los Poderes Legislativo y Ejecutivo, en sus respectivos ámbitos, y –además– ejecutadas por este último. Desde esta perspectiva, y en el contexto del presente caso, es razonable que sea en principio la Administración quien defina de qué modo satisfacer el derecho vulnerado, conforme las directrices fijadas por el juez. Vale recordar que al decidir la cuestión de fondo se requirió al GCBA que presente una propuesta a tal efecto.

Sin embargo, pese a los reiterados intentos del juez de grado, ha transcurrido un tiempo excesivo sin que el Gobierno diese cumplimiento a la sentencia. Deben ponderarse, además, las graves consecuencias que la postergación del derecho genera a los actores, habida cuenta de los graves problemas de salud que sufren la Sra. D. y su hijo.

i) La conducta del GCBA

Cabe señalar que habiendo transcurrido más de un año de dictada la sentencia definitiva por esta sala, el GCBA se limitó a mantener un subsidio por un monto insuficiente con el objeto de que el grupo actor acceda a una vivienda adecuada. Luego de ser emplazado a dar una solución adecuada, el Gobierno propuso hacerse cargo del alquiler de una vivienda de dos ambientes, pero este ofrecimiento tampoco ha sido concretado (ni hay razones para suponer que lo sea en lo inmediato). De hecho, el Gobierno apeló la decisión por la cual el juez de grado dispuso que fuese el propio Gobierno quien propusiera el lugar de habitación transitorio.

Por otra parte, más allá de controvertir la orden de entregar una vivienda en comodato, la recurrente no explica concretamente cómo se propone dar cumplimiento a la sentencia de fondo. Tampoco brinda información sobre los inmuebles vacantes de los que dispone, ni acredita la imposibilidad de entregar una vivienda en los términos dispuestos por el juez *a quo*.

Mientras tanto, como describe la resolución ahora impugnada, la familia se ve obligada a vivir en una habitación de dimensiones sumamente reducidas, y compartir la cocina y el baño con más de cincuenta personas.

ii) El tiempo transcurrido desde la sentencia definitiva

La Corte IDH sostuvo, en relación con la ejecución de la sentencia en un plazo razonable, que "... el cumplimiento de la sentencia forma parte del propio derecho de acceso (*lato sensu*) a la justicia entendido éste como el derecho a la prestación jurisdiccional plena, incluida la fiel ejecución de la sentencia" (caso "Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, 7 de febrero de 2006, voto del juez Cançado Trindade, párr. 3). El mismo Tribunal observó que la debida diligencia y el deber de celeridad de las autoridades judiciales adquiere especial relevancia cuando quien procura la tutela judicial se encuentra en una situación de vulnerabilidad ("Furlán y familiares vs. Argentina", 31 de agosto de 2012). Tal es, precisamente, la condición del grupo actor.

Recientemente, la Corte Suprema se pronunció en sentido similar, al analizar la pretensión de un grupo familiar vulnerable que invocaba la afectación de su derecho a la vivienda. Así, el tribunal observó que "... la causa presenta una honda problemática social, ha transcurrido ya un largo tiempo desde el inicio de las acciones y

se encuentran en juego los derechos a la integridad física, a la salud y a la vivienda digna, cuya tutela no admite –en las particulares circunstancias de la causa– demoras adicionales (...) Ante este cuadro de situación, la postergación de la resolución de fondo podría comprometer de modo irreparable los derechos constitucionales en juego” (“Gómez, Lucía Nélide y otro s/ amparo”, sent. del 13 de noviembre de 2018).

En suma, frente a la actitud adoptada por el GCBA, el tiempo transcurrido sin que se diera acabado cumplimiento a la sentencia y la situación de vulnerabilidad de las personas, es obligación del juez arbitrar las medidas necesarias para restablecer los derechos del grupo actor sin dilaciones.

iii) El comodato social como alternativa adecuada

El GCBA, si bien postula que la medida impugnada comporta una extralimitación por parte del juez de grado, no demuestra –por un lado– que esta vía sea inapropiada para garantizar el alojamiento debido al grupo actor o que cause graves perjuicios al interés del Estado; y, por el otro, no se hace cargo de la dilación en el cumplimiento del fallo judicial.

Por su parte, el juez de grado justificó por qué el comodato daría satisfacción al derecho a la vivienda, mediante argumentos que no han sido rebatidos por la recurrente. Ésta, por otra parte, tampoco ofrece ninguna solución alternativa. Como ya fue señalado, el subsidio que otorga el GCBA es insuficiente para que los actores accedan a una vivienda adecuada. Por otra parte, si bien la demandada propuso afrontar el costo del alquiler de una vivienda, lo cierto es que luego de varios meses esa posibilidad tampoco ha sido materializada, ni hay razones que lleven a afirmar razonablemente que lo será en lo inmediato. Así las cosas, sin perjuicio de que la presente decisión no obsta a que, eventualmente, las partes acuerden otro modo de satisfacer y cumplir la sentencia, lo cierto es que –ante la falta de propuestas adecuadas por parte de la demandada– el comodato se presenta como una solución razonable.

A favor de la pertinencia de la medida arbitrada, se advierte además que el GCBA no ha planteado ni acreditado que la Ciudad no cuente con bienes vacantes apropiados a estos efectos, ni que la manda judicial implique frustrar derechos de terceros. A su vez, conforme lo decidido en la anterior instancia, el comodato se extenderá hasta tanto el grupo actor supere la situación de vulnerabilidad.

Entre otras cosas, el comodato permite garantizar la seguridad y estabilidad de la tenencia, que es uno de los aspectos propio del derecho a la vivienda. En este sentido, la Observación General nº 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostiene que “[l]a tenencia adopta una variedad de formas (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

Es sabido que todos los derechos exigen del Estado tanto deberes de abstención como de prestación. Incluso la satisfacción de los derechos civiles, habitualmente asociados a obligaciones estatales “de no interferencia”, requiere que los poderes públicos desarrollen conductas activas tendientes a garantizarlos. Por caso, la protección de la propiedad exige que el Estado no sólo no viole su ejercicio, sino que, a su vez, disponga de un sistema de prevención, seguridad y de justicia capaz de restablecer el derecho cuando este es vulnerado por terceros. El derecho, entonces, puede ser transgredido tanto por acciones como por omisiones públicas.

A su vez, los derechos no son absolutos (conf. el art. 28 de la Constitución Nacional). Existe profusa jurisprudencia relativa a la razonabilidad de ciertas limitaciones impuestas, en particular, en contextos de emergencia económica. Por caso, la Corte se ha pronunciado en distintas oportunidades sobre regulaciones y limitaciones sobre los derechos emergentes de los contratos en contextos de crisis. Por ejemplo, analizó y juzgó la validez de las regulaciones tendientes a proteger a los inquilinos (“Ercolano”, Fallos 136:161) o deudores hipotecarios (“Avico”, Fallos 162:21); entre muchas otras. En los precedentes citados, y en muchos otros, ha sostenido la razonabilidad de ciertas medidas legislativas tendientes a limitar derechos en orden a garantizar otros (en algunos casos, el derecho a la vivienda). También es un criterio constante del tribunal que, en un contexto de emergencia, es plausible sostener la razonabilidad de limitaciones más intensas a los derechos que en un marco de normalidad. En efecto, “[d]esde sus orígenes el Tribunal ha señalado que los derechos declarados por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos, en tanto no se

los altere sustancialmente, a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28), así como que tales restricciones pueden ser mayores en épocas de emergencia en aras de encauzar la crisis y de encontrar soluciones posibles a los hechos que la determinaron...” (del dictamen del Procurador General que la Corte hace propio en Fallos 327:4495).

Ahora bien, como he observado previamente, la observancia de los derechos exige abstenciones por parte del Estado y, asimismo, prestaciones por éste. Y, a su vez, así como la emergencia justifica limitaciones más intensas de derechos, un contexto social adverso también exige medidas estatales positivas de mayor alcance a fin de tutelar los derechos de las personas más desfavorecidas. Entonces, la razonabilidad y proporcionalidad entre medios y fines, que da lugar a regulaciones más gravosas en el marco de las emergencias, también exige un mayor esfuerzo estatal, a través de conductas positivas. En otras palabras, es razonable que en un marco de vulnerabilidad social se exija al Estado un cumplimiento más profundo y extenso de sus deberes de prestación.

Más puntualmente, y ante la persistente ausencia de respuestas estatales, la orden de entregar una vivienda en comodato a un grupo familiar signado por graves problemas de salud, carencias económicas, falta de trabajo, vivienda y de formación formal y ausencia de herramientas de reinserción –es decir, exclusión estructural–, constituye una forma razonable de compeler al cumplimiento de esos deberes (conf. esta Sala en los autos “Laudelino, Mariela Soledad c/ GCBA y otros s/ amparo”, EXP 2697/2016-0, 28/2/2018; “Ochoa, Valeria del Carmen y otros c/ GCBA y otros s/ amparo”, EXP 41628/2015-0, 4/4/2018; y como juez de la Sala II en los autos “Medina Parada, María del Rosario c/ GCBA s/ amparo”, EXP 40385/2015-0, 6/3/18).

VIII. Conclusión

Como ya señalé, el déficit habitacional no puede ser superado sólo mediante sentencias judiciales. Si bien el problema de la vivienda atañe de modo directo a los poderes Legislativo y Ejecutivo, los jueces no pueden dejar de resolver los casos sometidos a su jurisdicción en protección de los derechos fundamentales. Y dicha resolución no se limita al dictado de sentencias ajustadas a derecho, sino también a la adopción de medidas ulteriores que en un marco de razonabilidad tiendan a hacer efectivos los derechos constitucionales reconocidos en sus fallos.

Así, pues, la medida arbitrada procura justamente eso: el cumplimiento de una sentencia luego de que se intentase –durante mucho tiempo y de modo infructuoso–, que el GCBA realizase una propuesta adecuada para satisfacer el derecho reconocido en el fallo ya firme.

Por su parte, la demandada intentó demostrar que no es resorte del juez tomar esa decisión con apoyo en el principio de división de poderes, sin explicar por qué y de qué modo puntualmente se ve lesionado este postulado constitucional y, asimismo, cómo es posible garantizar el derecho conculcado.

Por tanto, y tras haberse agotado otras alternativas, cabe concluir que la decisión se adoptó en el marco de las competencias propias del magistrado. Asimismo, en tanto se trata de una medida plausible para evitar mayores dilaciones y perjuicios en el ejercicio del derecho reconocido por el fallo, no constituye un mandato irrazonable.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde rechazar el recurso del GCBA y confirmar la sentencia que ordena en el presente caso la entrega de una vivienda bajo la figura de comodato social al grupo actor.

Voto de la Jueza Fabiana Schafrik de Nuñez.

I. Me remito al considerando I y adelanto que, comparto la solución propiciada por mi colega preopinante. Ello, de acuerdo a los fundamentos que expondré a continuación.

II. El análisis del caso traído a conocimiento de esta Alzada, las constancias acompañadas y los hechos denunciados me conducen a confirmar la decisión de grado mediante la cual el magistrado de la anterior instancia resolvió: *“ordenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, dentro del plazo de quince (15 días), otorgue a A[.] L[.] D [.] y a sus hijos una vivienda adecuada a sus necesidades, bajo la figura de COMODATO SOCIAL...”*.

En distintos casos, esta Sala, haciendo aplicación del precedente del TSJCABA *in re* “K. M. P. c/ GCBA y otros s/amparo”, en su sentencia del 21/03/14 ha reconocido el derecho a un alojamiento a las personas discapacitadas o bien, a aquellas que padecen una enfermedad asimilable, así como a los adultos mayores de 60 años.

Todo ello, de acuerdo se desprende entre otros de los artículos 18 y 25 de la Ley n° 4036. Al hacerlo, condenó al GCBA a presentar una propuesta acorde a las circunstancias del caso, la que debería ser suficiente (estándar adecuado) y oportuna en el tiempo (estándar temporal). Esta solución que busca conjurar la emergencia habitacional, en la práctica (al momento de ejecutar la sentencia) ha importado del GCBA, la entrega de un monto de dinero que muchas veces se ha sido insuficiente. De tal modo, que se ha desnaturalizado el fin que con aquella solución se procura.

Considero que más allá de las especificidades (suficiencia y permanencia), el “*alojamiento*” importa un concepto jurídico amplio e indeterminado y, que dentro de un marco de razonabilidad, los jueces estamos convocados a darle contenido. Por ello, la condena a entregar *una vivienda adecuada bajo la figura de comodato social* importa una modalidad de las tantas que podrían ser consideradas.

Es decir, en determinados contextos las características del grupo actor deben ser ponderadas especialmente a la hora de decidir cuál es el alcance de la obligación del Estado local respecto de la parte actora. En esos casos, el derecho a una vivienda digna que asiste a toda persona no puede ser escindido del derecho a asentarse y establecerse.

Bajo este entendimiento, no es posible perder de vista el estadio en el cual se encuentra el expediente bajo análisis. Así, se pone de resalto que existe una decisión de fecha 28/12/2017 dictada por esta Sala que ha condenado al GCBA a brindar un alojamiento al grupo familiar actor y que se encuentra firme. Sin embargo, pese al tiempo transcurrido, la problemática habitacional de la parte actora no ha merecido atención. Es así que, en el contexto de una denuncia de incumplimiento el magistrado de grado ordenó la entrega de una vivienda bajo la figura del comodato social.

Debe ponerse de resalto que el “comodato social”, se presenta como una alternativa idónea en la medida que importa la entrega de una vivienda para su uso y asegura que en el ejercicio de ese derecho no se configuren interferencias. De esta forma como sostuvo mi colega Carlos Balbín “el comodato permite garantizar la seguridad y estabilidad de la tenencia, que es uno de los aspectos propios del derecho a la vivienda”.

Conviene recordar que cuando nuestro máximo Tribunal federal entendió en el caso “*Q.C.S.Y.*” (el 24/04/2012), acudió al concepto de operatividad derivada lo que importó que “el derecho a la vivienda no es una mera declaración política sino que está expresado a través de normas jurídicas operativas con vocación de efectividad” (considerando 10). Agregó como aspecto que integra ese concepto que “*no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno* (considerando 11) *y que, los derechos que consagran obligaciones positivas del Estado “están sujetas al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial”* (considerando 12). En este caso puntual, la CSJN si bien reconoció que el nivel local preveía una prestación económica limitada para grupos vulnerables en situación de calle, asumió que “el menú de soluciones brindado por la demandada para dar cumplimiento a la manda contemplada en los arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 31 de la Constitución local aparece como insuficiente para atender la particular situación de la actora” (considerando 13).

Huelga destacar que, en ese caso, el Tribunal federal analizó la misma normativa cuya aplicación se debate en este juicio y afirmó que independientemente del alto costo que puede importar para el estado local, la solución brindada no resultaba adecuada para resolver la honda problemática de la Sra. Q.C. y su hijo (parafraseando el considerando 15).

Llegada a este punto, entiendo que la crítica central de la recurrente, referida al desconocimiento del principio constitucional de división de poderes y a la extralimitación en la que habría incurrido el juez de la primera instancia al decidir sobre la distribución de los recursos públicos, deben ser desestimados.

En el marco de la indeterminación que importa la condena a garantizar un “alojamiento”, no hay una única manera de responder al derecho de vivienda. Por el contrario, la solución en cada caso podría variar a expensas del análisis contextual propio de cada expediente. Ello, bajo el objetivo de brindar una respuesta adecuada y definitiva.

En el caso bajo estudio, el grupo familiar de la parte actora se compone de una mujer de 49 años de edad, que padece VIH, carece de un empleo formal y de contención familiar y se encuentra a cargo de 2 hijos menores de edad. Uno de ellos, padece un trastorno del espectro autista por lo que realiza diversos tratamientos y, al

momento de la decisión no se encuentra escolarizado (fs. 16). De las constancias se desprende que *“la madre es único sostén de hogar, trabaja como vendedora ambulante y ha tenido que reducir las horas de trabajo para traer al niño al tratamiento... la madre padece severos problemas de salud con seguimiento en el Hospital Borda... y en el Ramos Mejía”* (fs. 22/23). Por su parte, se desprende de fs. 477/478, que los niños no tendrían vinculación con su padre. Además, que el niño M. es totalmente dependiente de cuidados parentales y, respecto de R. se le ha sugerido consulta psicológica *“habida cuenta de situaciones de bullying que la niña habría pasado”*.

Es así que, en el marco de la condena que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, la decisión del magistrado en orden a imponer una modalidad específica como es el “comodato social”, aparece como razonable. Lo anterior, dado que el contenido del derecho a una vivienda adecuada que ha sido reconocido a favor de los accionantes, no puede desentenderse de la nota de estabilidad que propiciaría un mejor desenvolvimiento de la dinámica familiar e incluso lo favorecería -indudablemente- tomando en consideración las problemáticas de salud que aquejan tanto a D.A. como a M., especialmente. Es de mi entender, que la estabilidad en la permanencia en un lugar adecuado es la solución más propicia para el caso bajo análisis.

III. Finalmente, en línea con lo expuesto por mi colega toda vez que la medida arbitrada -agotadas otras alternativas-, no sólo resulta razonable sino que procura el cumplimiento de la sentencia definitiva, corresponderá rechazar el recurso del GCBA y confirmar la medida dispuesta en la primera instancia.

Disidencia de la Jueza Mariana Díaz.

I. Doy por reproducido el relato de los hechos efectuado en el considerando I a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

II. De conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal ante la Cámara a fs. 468/472 vta., argumentos que comparto en lo sustancial y a los cuales cabe remitirse en honor a la brevedad, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, revocar la resolución de fs. 398/410, en cuanto

ordenó al GCBA otorgar a la actora una vivienda en el plazo de quince (15) días bajo la figura de comodato social.

Por todo lo expuesto, oído el Sr. Fiscal, el tribunal por mayoría **RESUELVE**: Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado. Con costas a la vencida (cfr. arts. 62 y 63 del CCAyT).

Regístrese, notifíquese –a las partes por Secretaría, y a los Ministerios Públicos Tutelar y Fiscal en sus despachos– y, oportunamente, devuélvase.

Mariana DÍAZ
Jueza de Cámara
Contencioso Administrativo y Tributario
Ciudad Autónoma de Buenos Aires
(en disidencia)

Fabiana H. SCHAFRIK de NUÑEZ
Jueza de Cámara
Contencioso Administrativo y Tributario
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Carlos F. BALBÍN
Juez de Cámara
Contencioso Administrativo y Tributario
Ciudad Autónoma de Buenos Aires