

ano 13 - n. 51 | janeiro/março - 2013
Belo Horizonte | p. 1-310 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Supervisão editorial: Marcelo Belico

Revisão: Cristhiane Maurício

Luiz Fernando de Andrada Pacheco

Marilane Casorla

Bibliotecários: Izabel Antonina de A. Miranda - CRB 2904 - 6ª Região

Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Virgínia Loureiro

Diagramação: Karine Rocha

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

| | |
|---|--|
| Adilson Abreu Dallari (PUC-SP) | Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai) |
| Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar) | Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) |
| Alice Gonzalez Borges (UFBA) | Juarez Freitas (UFRGS) |
| Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP) | Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai) |
| Carlos Ayres Britto (UFSE) | Marçal Justen Filho (UFPR) |
| Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai) | Marcelo Figueiredo (PUC-SP) |
| Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas) | Márcio Cammarosano (PUC-SP) |
| Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar) | Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA) |
| Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP) | Nelson Figueiredo (UFG) |
| Clèmerson Merlin Clève (UFPR) | Odilon Borges Junior (UFES) |
| Clovís Beznos (PUC-SP) | Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina) |
| Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar) | Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA) |
| Emerson Gabardo (UFPR) | Paulo Henrique Blasi (UFSC) |
| Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile) | Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG) |
| Eros Roberto Grau (USP) | Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR) |
| Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) | Rogério Gesta Leal (UNISC) |
| Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha) | Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile) |
| José Carlos Abraão (UEL) | Sergio Ferraz (PUC-Rio) |
| José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP) | Valmir Pontes Filho (UFCE) |
| José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina) | Weida Zancaner (PUC-SP) |
| José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia) | Yara Stroppa (PUC-SP) |

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Los derechos humanos y el derecho a la vivienda – Los criterios judiciales*

Leonardo F. Massimino

Abogado y Doctor por la Universidad Nacional de Córdoba. Magister en Derecho Administrativo y Especialista en Regulación de los Servicios Públicos por la Universidad Austral. Premios “Corte Suprema de Justicia de la Nación” y “Academia Nacional de Derecho” y egresado sobresaliente por la Universidad de Córdoba y la Universidad Austral. Actualmente es Gerente de Asuntos Legales, Regulatorios e Institucionales de Distribuidora de Gas del Centro y Distribuidora de Gas Cuyana S.A. Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Católica de Córdoba y de Regulación Pública de la Maestría Derecho Administrativo de la Universidad Católica de Cuyo. Profesor de Derecho Procesal Administrativo de la Universidad Nacional de Córdoba y docente en distintos posgrados en el país y en el extranjero. Posee publicaciones y ha asistido como disertante a seminarios y conferencias de su especialidad.

Resumen: El trabajo analiza críticamente la cuestión relativa al reconocimiento en la práctica jurisprudencial — tanto local como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos — del derecho a una vivienda digna. Además de señalar que el tema involucra cuestiones institucionales (tales como la división de poderes, rol de los jueces, políticas públicas, etc.), se trata el aspecto que, sin lugar a dudas, genera mayores interrogantes y es el alcance que corresponde asignar al reconocimiento de este derecho en la normativa y su recepción en los casos concretos en un contexto en el que las demandas habitacionales son crecientes y los recursos públicos, por el contrario, resultan escasos. Se postula, en definitiva, que la operatividad del derecho a la vivienda digna está signada por el contenido y contornos que se asigne y que es necesario prestar atención a los costos involucrados.

Palabras-clave: Vivienda digna. Derechos humanos. Demandas habitacionales. Contenido y costos. Criterios jurisprudenciales.

Sumario: I Planteo – II El marco legal del acceso a la vivienda – III El derecho a la vivienda como un derecho fundamental. Implicancias – IV Los derechos

* El presente trabajo ha sido elaborado para ser presentado en el marco del Ciclo de Talleres Debate “Actualidad en el Derecho Público”, organizado por la firma Ediciones Rap s.a. y auspiciado institucionalmente por el Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad que fuera realizado el día martes 16 de octubre del año 2012.

I Planteo

La jurisprudencia en torno a la aplicación del derecho a una vivienda digna es uno de los ámbitos del derecho en el que se evidencian las mayores novedades en la actualidad.

El tema del acceso a la vivienda digna involucra cuestiones institucionales tales como las expectativas de los ciudadanos en contar con soluciones viables a sus demandas habitacionales, la división de poderes, las políticas públicas diseñadas por nuestros gobernantes para hacer frente a esta problemática, el rol de los jueces en el control de esas políticas, etc.

El aspecto que, sin lugar a dudas, genera mayores interrogantes en torno a este derecho es el alcance que corresponde asignar a su reconocimiento en la normativa — tanto convencional como constitucional — vigente y su recepción en los casos concretos.

Las preguntas más frecuentes, por esa razón, trasuntan por dirimir si justamente si ese derecho es de carácter operativo o, por el contrario, es programático;¹ cuál es el alcance de la obligación del Estado en materia habitacional,² es decir, determinar si el Estado está obligado a suministrar una vivienda a quien la demanda o más genéricamente a crear las condiciones para que ello ocurra; cuáles son los costos del reconocimiento de este derecho,³ cuáles son las consecuencias que derivan de su reconocimiento en sede judicial,⁴ entre otras cuestiones.

En procura de encontrar algunas respuestas a estos interrogantes nos proponemos en este trabajo repasar los criterios judiciales más recientes en esta materia, siempre a sabiendas que se trata de una cuestión dinámica y sujeta a los

¹ DANÉ, Laura I. El derecho constitucional a una vivienda digna en la ciudad autónoma de Buenos Aires. ¿Derecho efectivo o simple declaración de derecho?, Colección Thesis, Ediciones Rap, 2011.

² Al respecto, cabe citar la opinión del Comité de Derechos Sociales y Culturales en torno del derecho de vivienda (Observación General N° 4 - 1991 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) en el que menciona algunos elementos que conforman el contenido del derecho a una vivienda.

³ SACRISTÁN, Estela, Profecías o sorpresas: derechos y garantías en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ED, [248] - (10.08.2012, nro 13.056).

⁴ MASSIMINO, Leonardo F., Las nuevas visiones sobre el poder de policía, Doctrina judicial, LL, Año XXVIII, n. 08, 22.02.2012, p. 1.

vaivenes del derecho y sus circunstancias. En ese entendimiento, la exposición se dividirá en dos partes. En la primera, nos referiremos al marco legal del derecho a la vivienda y algunas de las implicancias del encuadre del derecho como un derecho humano; y en la segunda parte expondremos brevemente algunas consideraciones en torno a la jurisprudencia más relevante tanto en el país como en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, se expondrán algunas ideas a modo de conclusión.

II El marco legal del acceso a la vivienda

El derecho a la vivienda está reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 11, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ que, por disposición del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional se le otorga jerarquía constitucional (“... en las condiciones de su vigencia...”).⁶ Asimismo, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Bs As cabe mencionar a los artículos 10,⁷ 17,⁸ 18,⁹ 20¹⁰ y 31,¹¹ entre otros.

⁵ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 11, inciso 1 reza: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

⁶ Artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional dispone que “... La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; [...] la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional...”.

⁷ Artículo 10: “Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

⁸ Artículo 17: “La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades”.

⁹ Artículo 18: “La Ciudad promueve el desarrollo humano y económico equilibrado, que evite y compense las desigualdades zonales dentro de su territorio”.

¹⁰ Artículo 20: “Se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente. El gasto público en salud es una inversión social prioritaria. Se aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad. Se entiende por gratuidad en el área estatal que las personas

En virtud de la disposición del artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional al Pacto de Derechos Económicos y Sociales se reenvía, en consecuencia, a las Observaciones Generales que dicta el Comité que se desarrolla en su ámbito como órgano de aplicación, las cuales — como veremos más adelante — se aplican en forma directa en la resignificación del derecho secundario interno del país.¹²

III El derecho a la vivienda como un derecho fundamental.

Implicancias

III.1 El derecho humano a la vivienda

Las mayores innovaciones que se vislumbran en esta materia son el reconocimiento del derecho a la vivienda como un derecho humano y las implicancias de ese calificativo en el plano jurídico. Sin pretender agotar las múltiples consecuencias que derivan de esta afirmación en la órbita jurídica, cabe distinguir preliminarmente entre los llamados derechos humanos y los derechos fundamentales pues, si bien los primeros se encuentran en principio en el orbe de lo teórico y conforman los aspectos o atributos que un momento determinado se consideran inherentes a la naturaleza humana (como pueden ser su dignidad, libertad, igualdad), los mentados en segundo lugar, en cambio, son aquéllos positivizados en el ordenamiento de un Estado determinado.¹³

quedan eximidas de cualquier forma de pago directo. Rige la compensación económica de los servicios prestados a personas con cobertura social o privada, por sus respectivas entidades. De igual modo se procede con otras jurisdicciones”.

¹¹ Artículo 31: “La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: 1. Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos. 2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva. 3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones”.

¹² GIL DOMINGUEZ, Andrés, Derecho a la vivienda adecuada, desalojo forzoso y competencia penal, LL CABA, 2011, (febrero), 1.

¹³ Pérez Luño define a los derechos humanos como el “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”. Por su parte, “derechos fundamentales” son, según el autor, “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada” (cfr. PEREZ LUÑO, Derechos Fundamentales, 6. ed., Tecnos, 1995, p. 46).

La noción de que el ser humano tiene por naturaleza ciertos derechos viene dada por Del Vecchio¹⁴ y sirve de base en Maritain a su filosofía de los derechos del hombre, cuando afirma enfáticamente que “hay” naturaleza humana.¹⁵ Se comprende, por lógica ilación, que si estos derechos son naturales o propios de la naturaleza de la persona humana, revisten carácter de fundamentales, en el sentido de primarios o indispensables. La fundamentalidad coincide, de algún modo con la inherencia a la naturaleza humana.¹⁶

La instalación de los derechos fundamentales en esta temática importa hacer referencia a las múltiples funciones que cumplen estos derechos, como por ejemplo su rol informante, motriz y autolimitadora, que serán abordadas en forma sintética en el apartado siguiente.

III.2 Las “funciones” del derecho humano a la vivienda

La función genérica que desempeñan los derechos humanos, como ideas fuerza que disponen de vigor para canalizar el derecho futuro, para perfeccionar el existente, para acelerar el cambio y la transformación, es la de favorecer el desarrollo integral de la persona humana, potenciar todas las posibilidades derivadas de su condición.¹⁷

La primera función de los derechos fundamentales es, como se dijo, la de instalar al hombre en la comunidad política con un status satisfactorio para su dignidad de persona, que importa una órbita personal de libertad. Esta función importa una doble implicancia, por un lado, la limitación del Estado y del poder y, por el otro, la especial forma de legitimación de ese poder.

Los derechos humanos traducen, expresan y manifiestan un sistema cultural de valores y bienes que componen el status material de la persona humana. Y tal sistema una vez instalado constitucionalmente, se expande a todo el ordenamiento jurídico del Estado y le sirve de guía para la interpretación. Esta sería la fórmula de la integración estatal.

En ese marco y en cuanto a la función informante y unificadora, cabe decir que el sector de los derechos humanos no es un casillero divorciado del conjunto

¹⁴ DEL VECCHIO, Giorgio, *Persona, Estado y derecho*, p. 349 citado por BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, 1991, p. 3.

¹⁵ MARITAIN, Jacques, *Los derechos del hombre y la ley natural*, p. 89.

¹⁶ BIDART CAMPOS, *Teoría general...* op. cit., p. 3. FINNIS, John M. *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1988.

¹⁷ PECES-BARBA, *Derechos Fundamentales*, 3. ed., Madrid, Latina Universitaria, 1980, p. 109.

integral de la constitución y del derecho sino que hay un nexo indisoluble que pone a los derechos en circulación por todo el circuito constitucional y, desde éste, por el resto del ordenamiento infraconstitucional.

De lo anterior, puede inferirse fácilmente una función derivada. Los derechos fundamentales integrados al orden jurídico hacen el principio de unidad de dicho orden, en cuanto cristaliza valores que, no sólo completan la interpretación, sino que además promueven el desarrollo del derecho hacia el mismo sistema de esos valores. En tal sentido, una vida digna de las personas y sus implicancias — como el derecho a una vivienda digna — constituye un valor que informa todo el ordenamiento e impacta directamente en la actividad estatal.

La función motriz de los derechos fundamentales resulta esencial para la vigencia del derecho de acceso a la vivienda. En efecto, como la eficacia es esencial a la positividad, se adjudica a los derechos fundamentales una función motriz, cual es la de fundar la tutela jurisdiccional mediante vías y órganos idóneos, lo cual nos conduce a la cuestión de la autoridad de aplicación y/o de los sujetos obligados a brindar o asegurar el acceso a la vivienda.¹⁸

El quehacer de los derechos fundamentales no se agota en lo normativo y sus implicancias, sino que se proyecta más allá y tiene que ver con la necesidad de proyectar los derechos humanos hacia la promoción y realización efectiva de políticas de bienestar en el área económica, social y cultural, para crear, consolidar y difundir condiciones de bienestar común y de acceso al goce de los derechos por parte de todos los hombres, principalmente los menos favorecidos. Esto nos lleva a una cuestión sustancial y es que los propios derechos, aunque parezca paradójico, convalidan las limitaciones razonables que se imponen a algunos de sus titulares para acrecer la capacidad de ejercicio de otros que la tienen disminuida o impedida por razones que les exceden, lo cual constituye la función autolimitadora de los derechos fundamentales.¹⁹

¹⁸ En relación a este tema, se ha planteado lúcidamente, con motivo del paso del Estado legislativo al Estado constitucional, la transformación del rol de la jurisdicción, que abandona la función de decir el derecho o la voluntad de la ley y asume la tarea de efectivizar los derechos fundamentales (cfr. WUNDER HACHEM, Daniel, Mandado de injunção e direitos fundamentais, Fórum, 2012, p. 93 y 192).

¹⁹ BIDART CAMPOS, Germán, Teoría General de los Derechos Humanos, 1991, Astrea, p. 63.

IV Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

IV.1 Los derechos económicos y políticos reenvían al derecho a la vivienda digna

En el sistema interamericano habría cierto vacío en cuanto a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta situación ha impedido que sean sometidos a la jurisdicción de la Corte casos cuya violación sea directamente ligada a alguno de estos derechos y, a su vez, ésta se ha visto imposibilitada de declarar de forma directa una violación en contra de éstos. En su defecto, la Corte ha debido interpretar estos derechos a través de los derechos civiles y políticos, o en otros casos, interpretar estos últimos a la luz de los derechos económicos y sociales.²⁰

La Corte a través de sus medidas de reparación integral ha ordenado a los Estados medidas tendientes a mejorar las condiciones sociales, económicas y culturales de las víctimas de diversos casos, lo que de una forma indirecta, le ha permitido hacer valer estos derechos que son inalienables al ser humano.

Recordemos que el derecho a la vida establecido en el artículo 4 de la Convención Americana implica no solamente una obligación negativa del Estado de no privar de la vida, sino además una acción positiva de éste tendiente a asegurar un nivel de vida adecuado a sus habitantes, tomando en consideración su dignidad humana.

La estrecha conexión entre los derechos civiles y políticos y los económicos y sociales y culturales, basada en su indivisibilidad e interdependencia ha permitido a la Corte establecer conexiones entre ambas categorías de derechos. La violación de uno de los primeros puede implicar la vulneración de alguno de los segundos, lo cual, a su vez, ha dado pie a la Corte para establecer, indirectamente, violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.

Asimismo, podemos considerar que la regresividad en materia de estos derechos, puede resultar justiciable, en virtud de la existencia de los Estados de un deber, si bien condicionado, de no regresividad. En términos generales esto implica que las leyes no deben empeorar la situación de regulación vigente de esos derechos. En todo caso, para evaluar si una una medida regresiva es compatible

²⁰ MONGE, Arturo J., Evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en su aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales, Revista iberoamericana de derecho público y administrativo, Ed. Colegio de Abogados de Costa Rica, Año 11, n. 11- 2011, p. 221.

con la Convención Americana, se deberá determinar si se encuentra justificada por razones de peso suficiente.

En definitiva, si bien la Corte no ha declarado violaciones directas a los derechos sociales podría decirse que ésta ha intentado, según sus competencias, no desconocerlos e incluirlos dentro de sus consideraciones de fondo, como modo de reparación a las víctimas. La pregunta que puede formularse es, sin embargo, si la Corte Interamericana determinará violaciones directas a éstos derechos, sin necesidad de hacerlo a través de los civiles y políticos.²¹

IV.2 El reconocimiento de los derechos en los casos jurisprudenciales

Teniendo en cuenta lo señalado en el apartado anterior, podrían mencionarse algunos casos resueltos por la Corte Interamericana que si bien guardan estrecha relación con la protección de los derechos civiles y políticos, también consideran aspectos propios de los derechos económicos y sociales.

Así por ejemplo, la Corte Interamericana dictó en el año 2004 sentencia el caso de la Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala²² cuyos hechos se refieren a la denegación de justicia y actos de intimidación y discriminación que afectaron los derechos a la integridad personal y a la libertad de creencias y religión y propiedad de los sobrevivientes y familiares de las víctimas de la masacre de 268 personas, en su mayoría miembros del pueblo indígena maya en la aldea Plan de Sánchez, ejecutada por miembros del ejército de Guatemala y colaboradores civiles, bajo tutela del ejército.

Dado que los habitantes del Plan de Sánchez perdieron sus viviendas como consecuencia de estos hechos, la Corte Interamericana consideró que el Estado debe implementar un Programa habitacional, mediante el cual se provea de vivienda adecuada a aquéllas víctimas sobrevivientes que residan en dicha aldea y que así lo requieran. En ese sentido, en virtud del daño ocasionado tanto a los miembros de la comunidad de Plan Sánchez como a los miembros de otras comunidades afectadas, la Corte dispuso que el Estado debe desarrollar en dichas comunidades, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinen para esa región o municipio, los siguientes programas:

²¹ MONGE, Arturo, Evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana... op. cit, p. 221 y ss.

²² Corte I.D.H., Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C Nro. 105 y Corte I.D.H., Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116.

a) estudio y difusión de la cultura maya aquí en las comunidades afectadas a través de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala u otra organización similar; b) mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las indicadas comunidades y la cabecera municipal de Rabinal; c) sistema de alcantarillado y suministro de agua potable; d) dotación de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada de dichas comunidades, y e) establecimiento de un centro de salud en la aldea de Plan de Sánchez con el personal y las condiciones adecuadas, así como la formación del personal del Centro de Salud Municipal para que puedan brindar atención médica y psicológica, a las personas que se hayan visto afectas y que requieran este tipo de tratamiento.

En este caso, como en otros anteriores, se puede observar la interacción constante entre el artículo 21 de la Convención Interamericana (derecho a la propiedad privada) con algunos artículos del Protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales, tales como el artículo 10 (derecho a la salud), artículo 13 (derecho a la educación), y artículo 16 (derecho a la niñez), entre otros.

En el año 2005, a raíz del caso *Comunicad Yakye Axa vs. Paraguay*,²³ la Corte utiliza nuevamente el artículo 26 de la Convención. En este caso, el Estado no garantizaban que el derecho de la propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakye Axa y sus miembros, ya que desde 1993 se encontraba en tramitación la solicitud de reivindicación territorial de la citada Comunidad, sin que se haya resuelto satisfactoriamente. Lo anterior había significado la imposibilidad de la Comunicad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio e implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimentaria, médica y sanitaria, que amenazaba en forma continua la supervivencia con los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma.

La Corte utilizó en este caso, a requerimiento de la Comisión, el artículo 26 de la CIDH no para su aplicación directa, sino para una interpretación con el fin de dotar de contenido a los derechos civiles y políticos de la Convención que se consideraban vulnerados. La Corte consideró que uno de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber

²³ Corte I.D.H., Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo cuya atención se vuelve prioritaria.

Señaló, además, que las afectaciones especiales del derecho a la salud, en íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia.

La Corte dispuso que, mientras la Comunidad se encuentre sin tierras, dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia, el Estado debía suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de sus miembros; brindar atención médica periódica y medicina adecuadas para conservar la salud de todas las personas, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres embarazadas, incluyendo medicinas y tratamiento adecuados para la desparasitación de todos los miembros de la Comunidad, entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad; entregar alimentos en calidad, cantidad y variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad tengan las condiciones mínimas de una vida digna; facilitar letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado a fin de que maneje efectiva y salubrementemente los desechos biológicos de la Comunidad y dotar a la escuela una unidad en el asentamiento actual de la comunidad, con materiales bilingües suficientes para la debida atención de los alumnos.

Se observa, una vez más, el énfasis de la interacción y la indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. En especial, casos sobre población indígenas y sus comunidades le han permitido a la Corte adentrarse en la interpretación de derechos civiles y políticos a la luz sobre derechos económicos, sociales y culturales, establecidos en el Protocolo de San Salvador y en el artículo 26 de la Convención Americana.

V El derecho a la vivienda en la jurisprudencia nacional y provincial

La práctica judicial en materia de acceso a la vivienda está teniendo un desarrollo considerable en los últimos años en nuestro país. En particular, en el

ámbito de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y de algunos tribunales superiores locales, como el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

V.1 Las políticas públicas en materia de vivienda en la mirada jurisprudencial

Las políticas públicas en materia de vivienda han merecido tratamiento por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales locales.

En este último ámbito, por ejemplo, en la causa “Alba Quintana”,²⁴ el Superior Tribunal de Justicia porteño, en el marco de una acción de amparo deducida por una persona que se encontraba en situación de calle, señaló que la Ciudad de Buenos Aires no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de esa necesidad — en el caso, la mayoría revocó la resolución que, haciendo lugar a la acción de amparo deducida por quien estaba en situación de calle, ordenaba otorgarle un subsidio que le permita acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad —, pues su obligación, establecida en el art. 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles, no existiendo un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional, pero sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires debe asistir, pueda requerir la cobertura habitacional indispensable, sea a través de hogares o paradores.²⁵

En el ámbito nacional, la Corte Suprema de Justicia, en “Q.C.S.Y. c Gobierno de la Ciudad de Bs. A s/amparo”, ha señalado que la respuesta a la ciudad de Bs As. prevé, en materia habitacional, para atender a una situación de extrema como la que atraviesa una mujer en situación de calle y su hijo discapacitado, a los fines de dar cumplimiento a la manda contemplada en los arts. 14 bs de la Constitución Nacional y el art. 31 de la Constitución local, aparece como insuficiente, pues, ante

²⁴ Alba Quintana, Pablo c. GCBA y otros; LLCABA2010 (junio), 309 - Sup. Adm.2010 (junio), 40 - LLCABA 2010 (agosto), 392, con nota de Andrés Gil Domínguez; LA LEY2010-D, 19 - DFyP 2010 (octubre), 274, AR/JUR/14635/2010.

²⁵ Ver voto de los Dres. Conde y Lozano causa cit.

la ausencia de un plan de vivienda definitivo y la imposibilidad de acceder a las líneas de crédito previstas en la ley local 341, las alternativas propuestas se reducen al alojamiento en el sistema de paradores, hogares, refugios, lugares que carecen de habitaciones, baños privados y alojan a más de una familia, resultando inadecuados para la patología del niño, o la entrega del beneficio previsto en el decreto local 690/06.

En este mismo precedente, luego de mencionar como características de los derechos fundamentales su carácter operativo (considerando 10) y de operativos indirectos, en el sentido que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado (considerando 11), señala que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

En tal sentido, dice la Corte, que la razonabilidad, a los fines del control judicial con relación a los derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la vivienda y al hábitat adecuado, que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado, implica 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, interpretación que 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.

Finalmente y en relación al control de la política implementada por la Ciudad, la Corte afirma que, aun cuando el esfuerzo económico de la Ciudad de Buenos Aires es considerable, a los fines de dar respuesta a la situación de calle de una madre y su hijo menor de edad y discapacitado, no parece ser el resultado de un análisis integral para encontrar la solución más eficiente y de “bajo costo” — en los términos expresados por el Comité de Naciones Unidas — ni el adecuado para garantizar la protección y la asistencia integral al niño con discapacidad que, conforme los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en esta materia, constituye una política pública del país.

V.2 La operatividad del derecho a la vivienda

La operatividad del derecho a la vivienda se vincula con la cuestión más general de la operatividad de los derechos fundamentales. Al respecto, antes de enlistar los casos referidos al acceso a la vivienda, se ha señalado²⁶ que

²⁶ SACRISTAN, Estela, *Profecías o sorpresas...* op. cit.

resultan de referencia obligada en cuanto a la evolución de la operatividad de los derechos, los fallos de la Corte Suprema de Justicia recaídos en las causas “Hotel Internacional Iguazú”,²⁷ “Ekmekdjian c. Neustadt”,²⁸ “Ekmekdjian c. Sofovich”,²⁹ “Urteaga”³⁰ y “Ramos”.³¹

Con posterioridad a estos fallos, el Máximo Tribunal tuvo oportunidad de expedirse en el precedente ya citado que, a la sazón se ha convertido en el *leading case* en esta materia. Se trata del decisorio recaído en “Q. C., S. Y.”³² En este caso, la actora, madre de un menor con discapacidad — encefalopatía crónica no evolutiva — inició una acción de amparo para que se la incluyera en un programa oficial para acceder a una vivienda. La Corte Suprema mantuvo la tutela cautelar que había decretado la jueza de primera instancia, ordenando a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que le brindara “alojamiento” con condiciones edilicias adecuadas a la patología del menor. En punto a la operatividad, dijo la Corte que las normas aplicables al caso indicaban que no se estaba ante una operatividad directa, sino ante una “operatividad indirecta” pues “las normas mencionadas no consagran [...] el [...] que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial”. De este modo, operatividad indirecta implica una ligazón entre derecho y legitimación pues “no todos los ciudadanos” pueden solicitar, judicialmente, una vivienda”.³³

En cuanto a la experiencia de la jurisprudencia en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, se presentan varios precedentes que son muy ilustrativos en cuanto a las tendencias en esta materia. En ese ámbito se ha resuelto la causa “Ramallo”,³⁴ caso de acceso a la vivienda digna, en el cual se ordenó al estado demandado que brindara a los actores una adecuada cobertura de la emergencia — habitacional, hasta tanto se hallaren en condiciones de superar el estado de máxima crisis

²⁷ “Hotel Internacional Iguazú S.A. c. Estado Nacional”, Fallos: 310: 2653 (1987).

²⁸ “Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Neustadt, Bernardo y otros s/amparo”, Fallos: 311:2497 (1988).

²⁹ “Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos: 315:1492, 1992.

³⁰ “Urteaga, Facundo Raúl c. Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FFAA s/amparo ley 16.986”, Fallos: 321:2767 (1998), esp. consid. 9º; ver, asimismo, Basterra, Marcela I., Reconocimiento constitucional del hábeas data, en Dalla Vía (dir.), Derecho..., cit., p. 678/686.

³¹ “Ramos, Marta Roxana y otros c. Mrio. de Desarrollo Social y Medio Ambiente y otros s/amparo”, Fallos: 323:3873 (2000). “Ramos, Marta Roxana y otros c. Pcia. de Buenos Aires y otros s/amparo”, Fallos: 325:396 (2002).

³² Q. 64. XLVI. RHE “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, del 24.04.12.

³³ El entrecomillado es de Q. 64. XLVI. RHE “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, del 24-4-12, consid. 11, in fine y es puesto de resalto por Sacristán en su publicación antes citada.

³⁴ CCont.-adm. y Trib. CABA, sala II, “Ramallo, Beatriz c. GCBA s/amparo - art. 14, CCABA”, del 12.03.02.

que padecen. El Tribunal interviniente, luego de enumerar las normas que consagraban ese derecho³⁵ y las normas constitucionales específicas,³⁶ identificó al responsable del cumplimiento de la respectiva carga de tutela,³⁷ el plexo normativo local reglamentario del derecho del nivel internacional,³⁸ y enfatizó que “en concordancia con el nuevo inc. 19 del art. 75 de la CN, pone en cabeza del Estado el diseño de políticas públicas para facilitar el acceso a una vivienda digna. Las opciones legislativas para cumplir el mandato constitucional varían y dependen de las posibilidades económicas y financieras. Pero el Estado no debe prescindir de llevar a cabo una política de desarrollo habitacional”.³⁹ Por último, y en lo que interesa, fundó la existencia de un deber de hacer a cargo del gobierno local y la “operatividad y exigibilidad judicial en dicho marco”,⁴⁰ incluso ante la ausencia de reglamentación.⁴¹ Así, se advierte la trascendente influencia de la cláusula contenida en el art. 10 de la CCABA, en punto a asistir a los derechos y su concreción, más allá de los costos involucrados en ello, a tenor de la transcripción efectuada.

Por último, señala Sacristán a quien seguimos en este apartado,⁴² que en el ámbito porteño se han producido, también, una pluralidad de casos relevantes a efectos de colocar, en su adecuada perspectiva, la tensión entre consagración de derechos y su operatividad, por un lado, y medios para efectivizarlos: “Panza”⁴³ y “Toloza”,⁴⁴ de 2006, sobre emergencia habitacional; “Alba Quintana”,⁴⁵ sobre una temática similar; y “Ministerio Público — Morales Cortiñas”,⁴⁶ relativo a la ocupación

³⁵ Art. 25, Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 11, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que vincula al Estado; art. 14 bis de la CN, de reconocimiento en el nivel nacional.

³⁶ Arts. 17, 20, 31, CCABA.

³⁷ Consid. 8º, in fine.

³⁸ Consid. 12.

³⁹ Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 3ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, p. 176.

⁴⁰ Consid. 13.

⁴¹ Consid. 15, con cita del art. 10, CCABA. Trataríase, entonces, de una instancia de derechos auto-operativos, en la terminología de Ferreyra, R. Gustavo, *El régimen del amparo y la defensa del derecho en la Constitución*, en Ekmekdjian, Miguel Á. - Ferreyra, Gustavo (coords.), *La reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 139-225, esp. p. 157.

⁴² SACRISTAN, Estela, *Profecías o sorpresas...* op. cit.

⁴³ TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expte. N° 4270/05, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Panza, Ángel R. c. GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’”, del 23.05.06.

⁴⁴ TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expte. N° 4568/06, “Toloza, Estela Carmen c. GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, del 09.08.06.

⁴⁵ TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expte. N° 6754/09, “Alba Quintana, Pablo c. GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, del 12.05.10.

⁴⁶ TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expte. N° 7785/10, “Ministerio Público - Fiscalía en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 3 de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en ‘Morales de Cortiñas, Nora Irma y otros c. GCBA s/medida cautelar’”, del 23.12.10.

del Parque Indoamericano, en el cual el Tribunal Superior de Justicia resolvió por ante cuál fuero debía tramitar la causa, resultando incompetente el fuero contencioso administrativo y tributario local. Todos ellos han sido ya cuidadosamente reseñados.⁴⁷ Todos ellos dejan entrever la íntima vinculación entre operatividad y preexistencia de fondos al efecto, e irradian efectos hacia las decisiones que se gestan en las instancias inferiores.⁴⁸

V.3 El acceso a la vivienda como un derecho fundamental. Contenido

La normativa, tanto constitucional como infraconstitucional, y su interpretación por parte de los órganos encargados de su aplicación, han desarrollado algunos criterios tendientes a determinar el contenido de las prestaciones que integran el derecho a la vivienda.

Si bien el contenido del derecho se perfila en cada caso concreto, es particularmente relevante considerar la opinión que expusiera el Comité de Derechos Sociales y Culturales en torno del derecho de vivienda (Observación General N° 4 - 1991 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en la cual el Comité analiza la que los “estados parte” reconocen el derecho de toda persona a un nivel adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

En opinión del Comité, que ha expresado su preocupación por el abismo existente entre el reconocimiento del derecho a una vivienda adecuada que consagra el párrafo 1 del artículo 11, inc. 1 del Pacto y su realidad práctica, ha señalado que el derecho a la vivienda no debe interpretarse en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo al cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza, o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz dignidad en alguna parte. Y así debe ser, por lo menos, por dos razones.⁴⁹

⁴⁷ Ver la reseña que efectúa FERNANDEZ, Bettina, Sucinto repaso por los derechos económicos, sociales y culturales. A propósito de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con relación al derecho a la vivienda digna y adecuada, en RAP, n. 398, p. 81-114, esp. p. 109.

⁴⁸ Ver, por ejemplo, CCont.-adm. y Trib. CABA, “C. M. G. J. c. GCBA y otros s/otros procesos incidentales”, del 09.09.11.

⁴⁹ Al respecto puede verse el considerando 3. c) del voto de la Dra. Ruiz en la causa “Alba Quintana”. En el mismo sentido, el repaso de DANE, El derecho constitucional a una vivienda digna... op. cit., p. 71.

En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así, pues, “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones y, principalmente, que el derecho a la vivienda debe garantizarse a todos, sean cuales sean sus ingresos o su acceso a recursos económicos.

En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1º del artículo 11 no debe entenderse en el sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5º: “El concepto de ‘vivienda adecuada’ [...] significa disponer de un lugar donde poder aislarse si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.

Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, incluso así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos, figuran por ejemplo la seguridad jurídica de la tenencia; la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; los gastos soportables; la habitabilidad; asequibilidad; el lugar y la adecuación cultural.⁵⁰

V.4 Los límites al derecho de acceso a la vivienda. La cuestión de los costos

El reconocimiento de todo derecho importa un determinado costo. En el caso del derecho de acceso a la vivienda, su establecimiento requiere computar las consecuencias económicas que derivan de reconocer ese derecho en cabeza de un determinado colectivo de beneficiarios.⁵¹

⁵⁰ En cuanto al contenido concreto de tales conceptos puede verse la jurisprudencia que se cita en la nota al pie anterior.

⁵¹ Sacristán recuerda que toda elección o decisión tiene sus costos. En tal sentido, recuerda la preocupación de Holmes y Sunstein: “Los derechos son costosos porque solventarlos es costoso. La exigibilidad es cara, especialmente la exigibilidad uniforme y justa; y los derechos objetivos son huecos en la medida en que permanecen inexigidos. Bajo una fórmula diferente, casi todos los derechos implican un deber correlativo, y los deberes sólo se toman en serio cuando la negligencia se

La jurisprudencia aludida permite colocar, casi al lado de la concreción de los derechos y garantías, la cuestión de los costos involucrados.⁵² Por esa razón, no se trata de soslayar el reconocimiento de ciertos derechos — que, por cierto, nadie niega — sino tener presente los costos que importa su reconocimiento.⁵³

Con cierto sentido de la realidad emergente de esos costos, pero ante la acuciante realidad de quienes se hallan en situación de desamparo, se impondría un redimensionamiento o recálculo de las consecuencias de operatividad o exigibilidad del respectivo derecho. Ello, por claras razones de racionalidad. En otras palabras, a fin de que el derecho se torne operativo o real para los beneficiarios, parecería adecuado redeterminar el significado del derecho en cuestión. Así, el derecho a la vivienda digna, imaginado como un departamento o casa en la zona ribereña del medio ámbito porteño, sería redimensionado como hospedaje temporario hasta la obligatoria colocación laboral del carenciado por parte de asociaciones delegadas transestructurales del respectivo cometido estatal en un plazo razonable y la contemporánea obtención de un crédito blando para la adquisición de una vivienda en propiedad o, sin mediar tal mutuo, la obtención de vivienda bajo usufructo o de habitación vitalicio; todo ello, en áreas escasamente pobladas.⁵⁴

En relación al tema de los costos, convendría distinguir que para la operatividad de los derechos que necesitan para su concreción de fondos (derechos de prestación) difieren de los derechos que no requerirían de ellos (derechos de libertad).⁵⁵ Entre los primeros, por cierto, se ubica el derecho a la vivienda cuya materialidad, en consecuencia, dependerá de las progresivas circunstancias imperantes.

castiga con el poder público sirviéndose de las cuentas públicas [...]. Todos los derechos son costosos porque todos los derechos presuponen fondos de los contribuyentes para la eficaz maquinaria supervisora del control y la exigibilidad" (Ver SACRISTÁN, Estela, *Profecías o sorpresas...* op. cit.).

⁵² Q. 64. XLVI. RHE "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", del 24.04.12.

⁵³ En relación a las teorías que reparan en los costos emergentes de las decisiones estatales, ver MASSIMINO, Leonardo, *Las nuevas visiones...* op. cit., p. 6.

⁵⁴ SACRISTAN, Estela, *Profecías o sorpresas...* op. cit.

⁵⁵ El caso de estos últimos afirma Sacristán ameritaría un estudio por separado, en especial dada su aparente reciente transformación, a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte En el fallo "F. A. L.", del 13.04.12, la Corte Suprema construye una suerte de "derecho a abortar" o derecho a servicios o prestaciones estatales de aborto. Dice el consid. 25 de ese fallo: "Es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurran las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura".

VI Reflexiones finales

Las decisiones judiciales analizadas en este trabajo muestran el creciente compromiso con la concreción de los derechos humanos entre los que cabe mencionar especialmente a los derechos sociales y culturales de las personas. En ese ámbito, el derecho a la vivienda ocupa un papel privilegiado pues él es revelador, en definitiva, del estándar más genérico del derecho a la vida digna al que aspiran los instrumentos internacionales.

La operatividad de tales derechos posee consagración en la práctica jurisprudencial, al igual que la consideración del impacto de los costos que ellos involucran. Los mayores interrogantes en torno de esta cuestión trasuntan, sin embargo, en determinar cuáles serán el perfil y el contorno concreto de esos derechos en la práctica en los casos futuros pues las políticas públicas parecen estar signadas por mayores requerimientos habitacionales por un lado; y menores recursos disponibles para satisfacerlas, por el otro. De esta manera, la mentada progresividad del derecho humano a la vivienda es una cualidad en potencia que aspira a transformarse en una realidad, lo cual depende de muchos factores y circunstancias cambiantes. Ello no debiera sorprender pues, al fin y al cabo, la historicidad de los derechos del hombre nos recuerda que éstos no son dados de una vez y para siempre, todos juntos, sino que van suscitándose en una paulatina evolución.⁵⁶

Human Rights and the Right to Housing – The Legal Criteria

Abstract: This work critically analyzes the question of recognition in the jurisprudential practice — both local and of the Inter-American Court of Human Rights — of the right to housing. In addition to pointing out that the topic involves institutional issues (such as the separation of powers, role of the judges, public policies, etc.), it deals with the aspect that, without a doubt, generates the most doubts: the scope that the recognition of this right should be assigned in legislation and its application to specific cases in a context in which, on the one hand, housing demands are growing and public resources, on the other, are increasingly scarce. In conclusion, it is postulated that the

⁵⁶ BOBBIO, Norberto, Síntesis panorámica, Derechos y libertados, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año II, Enero Junio 1995, Nº 4, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, p. 111 y ss.

feasibility of the right to housing is determined by the content and contours to be assigned and that the costs involved need to be (carefully) considered.

Key words: Right to housing. Human rights. Housing demands. Content and cost of the right. Jurisprudential criteria.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MASSIMINO, Leonardo F. Los derechos humanos y el derecho a la vivienda: los criterios judiciales. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 29-47, jan./mar. 2013.

Recebido em: 05.05.2012
Aprovado em: 17.12.2012