

EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD POR ACCIÓN INSUFICIENTE

Algunas notas sobre la reciente jurisprudencia
de la Corte Suprema de Justicia en materia
de acceso a la vivienda digna

Juan Pablo FALCÓN

SUMARIO: I. Introducción.- II. Los hechos y los problemas.- III. Los derechos sociales, los problemas en torno a su exigibilidad.- IV. El examen de proporcionalidad por acción insuficiente. 1. El examen de idoneidad. 2. Medio alternativo menos lesivo o medio alternativo más idóneo. 3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto.- V. La importancia de los límites, la importancia del activismo.- VI. A modo de corolario.- VII. Bibliografía

I. Introducción

El principio de razonabilidad se erige como un pilar fundamental del Estado de Derecho, transformándose en un manto protectorio del individuo frente a la actuación estatal ilegítima.

Su aplicación no siempre resulta ser una tarea sencilla, pues si bien podemos encontrar casos en donde el cercenamiento de derechos resulte evidente, se presentarán otros supuestos en donde tal violación no surja *prima facie*, por lo que será necesario efectuar un análisis más exhaustivo de las variables involucradas a través de criterios o pautas específicas de control.

En este último sentido, resultan categóricas las palabras de GELLI, quien afirma que el mayor problema interpretativo está dirigido a desentrañar el significado del término *alterar*, entendiendo por tal a una afectación sustantiva, esencial, des-

naturalizadora del principio, derecho o garantía, que inutiliza el núcleo central de aquellos ¹.

No debemos perder de vista que desde sus orígenes jurisprudenciales, el principio de razonabilidad se ha estructurado ante actos arbitrarios y avasallantes por parte de los Poderes del Estado ², mas no sobre las acciones que resultan insuficientes para dotar de contenido a un derecho consagrado, tópico en donde existe un desarrollo notoriamente más precario y en donde se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales.

Resulta imposible soslayar que éstos siempre se han encontrado en una posición de inferioridad respecto del restante abanico de derechos, situación que no sólo ha sido causada por diversos factores sociológicos que, hasta el día de hoy, se siguen manteniendo vigentes como muros infranqueables ³,

1 GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, 4ta edición ampliada y actualizada. Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2011, pág. 421.

2 Así surge del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que fue cincelandando el principio de razonabilidad. En “Inchauspe c. Junta Nacional de Carnes” (*Fallos*, 199:483), por ejemplo, se discutía la constitucionalidad de una ley de creación de la Junta Nacional de Carnes, que establecía una contribución de hasta el uno y medio por ciento sobre el precio de venta del ganado, y autorizaba a la Junta a fijar la contribución entre esos parámetros. En “Cine Callao” (*Fallos*, 247:121) la Corte Suprema consideró constitucional una norma que exigía contratar artistas de variedades para resolver el problema de desocupación de ese sector. Podemos seguir mencionado, a título ejemplificativo, el fallo “Smith” (*Fallos*, 328:28) generado a raíz de la crisis financiera de 2001 y en donde se debatía la constitucionalidad del “corralito”.

3 “[...] la gran prioridad en sociedades divididas como la nuestra, donde la fragmentación ha generado brechas enormes entre sectores sociales, es eliminar la desigualdad. En este contexto, la posibilidad de mantener una política igualitaria y llevar adelante políticas públicas equitativas es muy difícil.

El ámbito de las personas se ha privatizado de tal manera que quienes viven en el *country*, usan su auto y desechan el transporte público, no van al club ni al hospital público sino a instituciones privadas, terminan pensando ‘¿Por qué tengo que subsidiar los servicios públicos si no los uso? Les estoy

sino también por una deficitaria actuación estatal que, motivada en diversas interpretaciones de la normativa vigente, ha vaciado de contenido a los derechos sociales, despojándolos de exigibilidad judicial y colocando al Estado en un papel secundario en su efectivo cumplimiento.

El fallo aquí comentado se transforma en un importante precedente no sólo por la trascendencia del principal derecho involucrado, el acceso a una vivienda digna, sino por el examen de proporcionalidad seguido por la Corte Suprema, el cual pretende reafirmar una saludable postura que se ha venido construyendo en la Justicia contencioso administrativa local desde su creación; el control de razonabilidad ejercido por los jueces, abarcando no sólo lo que el Estado hace, sino también aquello que ha dejado de hacer o ha hecho de manera insuficiente; aquellas leyes y reglamentos que parecen encontrarse en un eterno letargo y cuyo despertar resulta imperioso para comenzar a transitar el camino hacia una sociedad más igualitaria.

II. Los hechos y los problemas

La actora promovió por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad y discapacitado (encefalopatía cróni-

regalando mi dinero'. Aquí se genera un gran problema. Como decía Michael SANDEL, es la 'cuestión fiscal', pues se empieza a perder los recursos y ya no se reconoce la importancia y el valor del espacio público compartido. Eso destruye todo. Esas personas ya no se identifican con el otro y sienten que se les impone una generosidad compulsiva que deriva en un sentimiento de esclavitud y sustracción. Esta situación es la que crea desigualdad, porque como las personas no comparten el hospital público, no comparten las escuela pública y no comparten el club, terminan pensando 'Yo simplemente estoy trabajando para el otro y esto es injusto'. Por eso creo que las desigualdades, que además han marcado la historia de Latinoamérica desde el minuto uno, son nuestra bomba de tiempo, son la gran barrera a la posibilidad de establecer políticas publicas y económicas en este sentido.[...]", "La gran prioridad, eliminar la desigualdad", entrevista a Roberto GARGARELLA en la Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, N° 4, Buenos Aires, diciembre de 2011, pág. 15 y ss.

ca no evolutiva) una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto de lograr una respuesta para salir de la situación de calle en la que se encontraban y una solución que le permitiera acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad a efectos de preservar su integridad familiar, pues la conducta adoptada por la demandada en denegarle la inclusión en los programas gubernamentales vigentes y al no proporcionarle alternativas para salir de la situación en la que se encontraba junto a su hijo, violaba sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda.

En primera y segunda instancia se hizo lugar a la demanda, pero el Tribunal Superior de Justicia invocando los argumentos esgrimidos en “Alba Quintana”⁴ revocó la sentencia apelada.

¿Qué entendemos cuando hablamos del derecho al acceso a una vivienda digna? ¿Qué obligaciones le corresponden al Estado para darle contenido? ¿Ha hecho lo suficiente para cumplir con tal cometido? ¿Cuáles son los alcances del control judicial? Estas preguntas no sólo sirven de guía para evidenciar el *iter* seguido por la Corte en la decisión adoptada sino que, además, se transforman en generadores de nuevos interrogantes sobres tres cuestiones medulares a saber: la exigibilidad de los Derechos Sociales, los parámetros de control empleados por el Poder Judicial a fin de determinar si se ha producido, por parte del Estado, una alteración a esos derechos a través de una acción insuficiente y, finalmente, los límites en el ejercicio del mencionado examen.

Estas cuestiones, claro está, no pretenden agotarse en unas pocas líneas, sino que por el contrario, procuran transformar-

4 En dicho precedente, el TSJ sostuvo que respecto del contenido mínimo del derecho a la vivienda, no existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional. Sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el GCBA debe asistir, pueda requerir la cobertura habitacional indispensable -sea a través de hogares o paradores-.

se en disparadores de un debate que recién empieza ¿Qué papel corresponde atribuirle al Poder Judicial frente a las violaciones de los derechos sociales?

III. Los derechos sociales, los problemas en torno a su exigibilidad

La Corte Suprema reafirma la importancia de los Derechos Sociales como normas plenamente operativas y no meras declaraciones, destacando no sólo el papel que corresponde atribuirle al Estado en su satisfacción, sino también precisando los alcances de su operatividad.

Más allá de la relevancia que corresponde atribuirle a las acciones estatales destinadas a la satisfacción de los derechos sociales ⁵, el Máximo Tribunal sostiene que los mismos poseen operatividad indirecta, por cuanto su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que sea fruto de una valoración global de todos los derechos que se intentan satisfacer a través de las políticas públicas adoptadas, como así también de los recursos disponibles. Desde esta óptica cabría preguntarse: ¿acaso todos los derechos no requieren acciones por parte del Estado para transformarse en realidad?

Desde una mirada retrospectiva, descubrimos que las diversas interpretaciones que se forjaron intentando explicar la naturaleza de los derechos sociales como así también el rol que cabría asignarle al Estado en su satisfacción, no han hecho más que, paradójicamente, desnaturalizarlos, ubicándolos en una relación de inferioridad respecto de los derechos civiles y políticos y quebrando, de esta manera, con los principios de

5 Resulta indudable que las obligaciones que le corresponden a los Estados trascienden la mera abstención, como se desprende de los puntos 10 y 11 del “considerando” y tal cual surge de la Observación General N° 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en donde se sostuvo que “*garantizar*” significa “[...] mucho mas que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas”.

universalidad e indivisibilidad que deben amparar la totalidad de los Derechos Humanos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado en el artículo 75 inciso 22 de la letra constitucional a través de la reforma de 1994, y el Protocolo de San Salvador, ambos pilares fundamentales en el reconocimiento de esta clase de derechos, se encuentran orientados a una realización progresiva de las prerrogativas en ellos contenidos al colocar en cabeza del Estado obligaciones que tiendan a su concreción. Así, el primero de los mencionados dispone en su artículo 2 inciso 1 que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

El aspecto de progresividad y la expresión “hasta el máximo de los recursos disponibles”, ha servido de basamento para la elaboración de diferentes teorías que niegan la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ⁶.

La idea de una protección integral al individuo basado en la complementariedad de todo el abanico de derechos, se quiebra aparatosamente al clasificarlos en consonancia con la supuesta (in)actividad estatal requerida para su satisfacción. La distinción que se basa entre derechos *operativos y programáticos* o también llamados *negativos y positivos*, se construye a partir de una errónea concepción del papel del Estado, pues esta explicación sugiere que la satisfacción de los primeros, en donde se encuentran los derechos civiles y políticos, se logra a partir de la abstención no interfiriendo en su goce mientras que los segundos, en donde se encuentran comprendidos los

6 PINTO, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pág. 52.

derechos económicos sociales y culturales, requieren acciones positivas y con ello, el necesario diseño e implementación de políticas, creación de burocracias gubernamentales y claro está, la siempre ineludible erogación de gastos.

Lo que esta posturas olvidan, según indica la retórica de la clasificación, es que todos los derechos cuestan dinero y requieren, por ende, acciones positivas del Estado. Es imposible protegerlos o exigirlos sin fondos y apoyo público; en resumidas cuentas el derecho a la libertad de contratar o la propiedad privada suponen costos, no menos que la atención médica, el derecho a la libertad de expresión o el derecho de acceder a una vivienda digna ⁷.

La incidencia de aquellas posiciones ha sido tal que el tema de los derechos sociales es uno de los que más hace tropezar con dificultades a la teoría de la fuerza normativa de la Constitución y Tratados Internacionales. Cuando hablamos de los derechos de las personas, cualquiera sea su naturaleza o categoría, acudimos de inmediato a la idea de que tiene que existir una vía garantista o un medio de exigibilidad para que el sujeto pasivo cumpla con su obligación frente al sujeto activo. No es fácil que en todos y en cada uno de los derechos sociales estemos en condiciones de descubrir, señalar o proponer una vía de exigibilidad coactiva, con lo que, aun si una Constitución los declara -caso- operativos, queda la impresión de que la imposibilidad de aquella vía desmiente -o al menos frustra- la fuerza normativa de la Constitución que contiene a los derechos sociales, dejándolos en una posición de inferioridad respecto de los derechos civiles y políticos ⁸.

7 HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, Colección Derecho y Política, 2011, pág. 33 y ss.

8 SOLÁ, Juan Vicente, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2009, pág. 232 y ss. No debemos perder de vista que en los últimos años tanto la Corte Suprema de Justicia como el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, nos han brindado importantes precedentes que no sólo reafirman la plena exigibilidad

Como se puede apreciar, una de las principales cuestiones que rodea el tema de los derechos económicos, sociales y culturales es la existencia de un proceso y una estructura garantista que los vuelva exigibles. En este sentido, resultan sumamente ilustrativas las palabras empleadas por Luigi FERRAJOLI al sostener que existen dos principios aplicables a todos los derechos, el de legalidad y el de jurisdicción, este último presupone que “para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión”⁹.

Con lo dicho no pretendemos afirmar que el Estado debe satisfacer todos los derechos de manera acabada, pues ello resultaría un despropósito, una mera afirmación dogmática alejado de las posibilidades materiales, sino que lo manifestado pretende transformarse en un enunciado desmitificador de un

judicial de los derechos económicos, sociales y culturales, sino que pretenden dar una solución colectiva al problema planteado a través de una reestructuración de las burocracias administrativas destinadas a la satisfacción de los derechos conculcados. Así surge de, por ejemplo, los casos “Verbitsky Horacio s/Habeas Corpus” (*Fallos*, 328:1146) y “Mendoza Beatriz Silvia y Otros c/Estado Nacional y otros s/Daños y Perjuicios” (*Fallos*, 239:2316 y *Fallos*, 331:1622) ambos *leading cases* emanados del Máximo Tribunal de la Nación, o del precedente “Acuña, María Soledad c/GCBA s/Amparo” (CamCAyT Sala I del 23/12/2008) que tuvo lugar en el Contencioso Administrativo de la Ciudad. En este sentido ver THEA, Federico G., “La reforma estructural en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Buenos Aires, Ediciones RAP, Año XXXIV N° 400, pág. 70 y ss. THEA, Federico G., “Hacia nuevas formas de justicia administrativa: apuntes sobre el litigio estructural en la Ciudad de Buenos Aires” comentario a “Acuña, María Soledad c/GCBA s/Amparo”, Buenos Aires, La ley, Suplemento de Derecho Administrativo, 2010 (febrero) 17. TRECAY, Guillermo F., “El litigio de Derecho Público en los Tribunales: Poder Judicial y Políticas Públicas”, Disertación presentada en las “I Jornadas de Derecho Constitucional del GCBA” organizadas por el Centro Federal de Estudios de Derecho Público y el Instituto Superior de la Carrera del GCBA, celebradas los días 29 y 30 de noviembre de 2011 en el Salón San Martín de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

9 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, 1995.

basamento ideológico que ha servido para una asignación de recursos deficitaria en materia social.

En lo que se refiere al derecho de acceso a la vivienda digna, la Corte precisa sus alcances a la luz de diversos Tratados Internacionales aplicables, la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la legislación local dictada en consecuencia, sosteniendo que los Estados no están obligados a proporcionar vivienda a todos los habitantes que lo peticionen a través de la vía judicial, sino que su deber radica en fijar de manera progresiva programas y condiciones de acceso.

Estos factores, que no sólo sirven para desentrañar los derechos en juego, la finalidad de las normas involucradas y las obligaciones en cabeza del Estado, se transforman en la base sobre la cual el magistrado ejerce el examen de proporcionalidad sobre la actuación u omisión estatal, confrontando, por un lado, las normas constitucionales referidas a la materia y, por el otro, las normas infraconstitucionales dictadas en su consecuencia y que pretenden llenar de contenidos los derechos consagrados en las primeras, o dicho en otras palabras, el control intenta determinar si las leyes y reglamentos dictados han llevado a la máxima expresión posible el derecho de acceso a la vivienda digna o si, por el contrario, resultan normas insuficientes al efecto que lo terminan alterando.

IV. El examen de proporcionalidad por acción insuficiente

El examen de proporcionalidad se erige como la herramienta utilizada por el intérprete a fin de determinar la existencia de una alteración de un derecho o, dicho en otros términos, de una violación al principio de razonabilidad.

Como se destacó en los párrafos introductorios, los derechos fundamentales no sólo pueden resultar menoscabados por acciones estatales, sino también por omisiones que hacen necesario matizar el mencionado examen al supuesto de in-

acción estatal, campo en donde cuenta con un desarrollo más precario.

El mandato de proporcionalidad en sentido amplio, contiene criterios para determinar si en el caso en concreto se ha permitido que el derecho afectado se realice lo más ampliamente posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Estos criterios están dados a través de los tres subcriterios contenidos en el mandato de proporcionalidad en sentido amplio, estos son el mandato de idoneidad, el mandato de medio alternativo menos lesivo o mandato de necesidad y el mandato de proporcionalidad en sentido estricto ¹⁰.

De esta manera el medio será idóneo cuando con su ayuda pueda fomentar el fin deseado; será necesario cuando no pudo ser establecido otro medio igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado. A su vez, la limitación del derecho fundamental debe ser proporcional en sentido estricto, es decir debe guardar una relación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado ¹¹.

En el campo del examen de proporcionalidad por acción insuficiente resulta necesario readaptar la estructura descripta introduciendo modificaciones sobre la regla de idoneidad y del medio alternativo.

Ahora bien, ¿cómo se cristaliza este análisis en el fallo aquí comentado?

1. *El examen de idoneidad*

El Estado, en cumplimiento de los fines que se propone, implementa medidas que pueden generar restricciones a los derechos. Esta situación no sólo encuentra su fundamento en el

10 CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, pág. 319 y ss.

11 Ob. cit.

principio de relatividad de los derechos subjetivos, por cuanto ningún derecho es absoluto, sino también en la Constitución Nacional, cuyo artículo 14 dispone que “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme las leyes que reglamentan su ejercicio(...)”.

Uno de los principales interrogantes suscitados en torno a la reglamentación de derechos consiste en determinar los fines de la norma que los restringe, pues si la persona debe soportar esta limitación resulta menester que el medio adoptado tienda a la concreción del fin propuesto.

El examen de idoneidad supone no sólo desentrañar el objetivo de la norma sujeta a análisis, sino también los derechos afectados, la individualización de los medios adoptados y las relaciones entabladas entre estos últimos y los fines propuestos.

En el campo de la omisión y acción insuficiente el razonamiento abarca dos supuestos a saber: el primero de ellos se configura cuando el poder estatal permanece totalmente inactivo frente a una norma que lo obliga a actuar. El segundo, por su parte, se verifica en aquellas situaciones en donde las reglamentaciones y las medidas estatales atacadas resultan inidóneas o defectuosas para alcanzar el fin de protección obligatorio o quedan muy atrás de lo obligado, situación esta última que se corresponde con el caso comentado.

No debemos perder de vista que, a pesar de las respuestas ensayadas en el punto anterior acerca de las obligaciones que le corresponden al Estado en materia de derechos sociales, fijar los límites entre lo que resulta obligatorio y discrecional siempre es una tarea dificultosa y más aun en el campo de la alteración de derechos por acciones insuficientes.

El análisis del bloque normativo aplicable efectuado por la Corte Suprema, sirve para delimitar el plexo de derechos en juego y efectuar un confronto entre el estado de las cosas que se alcanzó a través de la omisión o acción insuficiente o defectuosa por un lado y, por el otro, el estado de cosas que

se persigue alcanzar a través de lo que sería una acción suficiente ¹².

En este sentido corresponde destacar que las normas involucradas persiguen un fin complejo, pues las mismas no quedan exclusivamente ceñidas a garantizar el acceso a una vivienda digna, sino que procuran proteger al individuo en sus diversas facetas más elementales, evitando los tratos discriminatorios de los cuales pueda ser víctima, asegurando los derechos de las personas discapacitadas y los derechos de los niños ¹³.

En el examen de idoneidad por acción insuficiente, basta con que el medio promueva el fin en algún sentido para que quede como idóneo. Frente a ello, resulta necesario instrumentar un esquema que nos permita apreciar, con mayor rigor, en qué situaciones se verifican dichas circunstancias.

De esta manera, se debe conjugar una visión abstracta y general de la medida de fomento adoptada para la realización del derecho con el estudio de las circunstancias particulares de cada caso a que se le aplica la medida en cuestión para construir un doble estándar de análisis: uno general y otro particular. Así, podremos afirmar que estamos en presencia de un medio idóneo fuerte, en aquellas situaciones en donde el mismo sirva no sólo a los fines de darle contenido a

12 Ob. cit.

13 Corresponde señalar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha entendido que “[...] el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte...” (Observación General N° 3). En la misma línea, en su Observación General 4 fijó una serie de siete estándares que deben ser considerados como elementos mínimos del contenido del derecho: a) seguridad jurídica en la tenencia, b) disponibilidad de servicios, materiales, infraestructura, c) accesibilidad económica, d) habitabilidad, e) accesibilidad física, f) lugar adecuado, y g) adecuación cultural.

los derechos involucrados en el campo de lo abstracto y general, sino también en los supuestos particulares y concretos. En caso que el medio resulte idóneo sólo respecto de uno de esos dos campos, la medida de fomento será débil y por ende resultará necesario pasar al análisis del medio alternativo menos lesivo.

¿Resultan idóneos los medios adoptados para cumplir con el abanico de derechos involucrados en el caso concreto? Esta pregunta nos lleva a dos respuestas: en el campo de lo abstracto en donde podríamos inclinarlos por la afirmativa y en la órbita del caso concreto por la negativa.

En el primer caso y como anticipamos, las normas sujetas a estudio deben confrontarse con su incidencia en el plano global. Así pues, una de las principales garantías de los derechos económicos, sociales y culturales -desde una vertiente objetiva- lo configura el desarrollo de indicadores que puedan servir como parámetros para distinguir si el cumplimiento de las obligaciones estatales se puede atribuir a la falta de capacidad o a la falta de voluntad de un Estado, o bien, si en un Estado se ha producido entre un periodo determinado y otro situaciones de regresión, de estancamiento o de progreso insuficiente. La recolección, desagregación y análisis de datos, estadísticas e indicadores sociales y económicos constituyen un elemento medular para el desarrollo de políticas públicas, y a la vez, configuran un instrumento esencial a efectos de configurar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales al poner en evidencia las acciones u omisiones conculcadoras ¹⁴.

En resumidas cuentas, la idoneidad de la norma en el marco del análisis general y abstracto se mide centrando el foco del examen en los efectos sociales generales de la disposición en cuestión. Así, podemos afirmar que una norma que tienda

14 GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Estado Constitucional de Derecho, políticas publicas y derecho de acceso a una vivienda digna", La Ley, Buenos Aires, 28/05/2012.

a la protección del derecho de acceso a la vivienda digna otorgando subsidios a personas en situación de calle será idónea si, a nivel global, genera resultados que se reflejen positivamente en indicadores objetivos.

En el campo de lo particular, en cambio, el análisis se integra con datos concretos del caso y con la apreciación de las diferentes variables involucradas en una situación particular.

En el caso aquí comentado, ni el decreto 690/06 ni el hospedaje en paradores en pésimas situaciones edilicias garantiza adecuadamente los derechos de los afectados, pues como bien dice la Corte "... es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle" ¹⁵.

La situación particular en la que se encontraban la actora y su hijo denotaba una clara inidoneidad del medio de fomento adoptado por la Administración para cumplir con el fin deseado, esto es paliar la situación de emergencia habitacional que padecen numerosos habitantes de la ciudad, no sólo por no brindar una situación definitiva al problema que el grupo familiar involucrado enfrentaba, sino también porque el monto otorgado en concepto de subsidio resultaba insuficiente a los fines de atender las mínimas necesidades de los sujetos involucrados dejándolos totalmente desamparados.

Resulta claro que, dentro del esquema normativo descrito por la Corte, la obligación que le corresponde al Estado no queda limitada a otorgar un subsidio por un determinado periodo de tiempo, sino que forma parte de su esquema obligacional analizar las circunstancias particulares de cada persona a los fines de implementar la solución que permita realizar los derechos involucrados de la manera más idónea posible a través de los diversos mecanismos de contención social.

15 Considerando N° 12.

2. *Medio alternativo menos lesivo
o medio alternativo más idóneo*

Habiendo dejado sentado que la medida en cuestión resulta idónea en términos débiles, pues si bien cumple dicho requisito en el campo de lo general yerra en la órbita particular del caso comentado, corresponde abocarse al siguiente paso dentro del análisis de proporcionalidad, éste es el medio alternativo menos lesivo.

Una medida puede ser idónea y sin embargo desproporcionada en sentido amplio por no aprobar este segundo paso del examen. Dentro de este esquema, la labor implica determinar la incidencia que pueden tener las medidas alternativas a la cuestionada sobre los derechos en juego. Si estas últimas pueden fomentar el fin en igual o parecida medida que el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en menor medida los principios iusfundamentales u otros constitucionales que a través del medio establecido, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio. Si por el contrario, la implementación de medios alternativos restringe de la misma manera los derechos en juego y fomenta el fin de la norma en la misma medida, se deberá pasar al próximo punto del examen; éste es la proporcionalidad en sentido estricto ¹⁶.

En el campo de la omisión o acción insuficiente resulta menester efectuar ciertas consideraciones que permitan readequar un análisis. De esta manera, la regla debe ser cambiada no sólo en su forma de implementarse, sino también en su denominación. A diferencia del análisis que se efectúa sobre una acción estatal excesiva, en donde la medida alternativa puede ser de igual idoneidad, dentro del campo de la omisión el medio alternativo tiene que ser más idóneo que el atacado y por ello, por lo menos, suficiente para lograr un fomento eficaz del fin que es la realización del derecho de prestación. El segundo

16 CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad...*, cit., pág. 341 y ss.

punto de análisis dentro de este paso, consiste en determinar la lesividad de los medios alternativos. En virtud de todo lo antedicho, dentro del esquema del examen de proporcionalidad por omisión, el submandato de medio alternativo menos lesivo debe ser denominado medio alternativo más idóneo ¹⁷.

Ahora bien, ¿cómo interpreta la Corte estos postulados?

Las medidas de las cuales dispone la actora son básicamente dos; la primera es el subsidio previsto en el decreto 690/06, el cual otorga una suma dividida en diez cuotas mensuales que no sólo resulta insuficiente a los fines de paliar la situación en la que se encontraba el grupo familiar actor, sino que en ningún caso resulta renovable sin que medie una sentencia judicial que así lo ordene, aun frente a aquellos casos en donde se mantenga la situación que originó el otorgamiento del beneficio. La segunda medida, por su parte, se limita al alojamiento en hogares o paradores, lugares que de acuerdo a sus deficitarias características, no resultan idóneos para albergar a un niño discapacitado ¹⁸.

A la hora de explorar los medios alternativos la legislación local ofrece escasas alternativas para el grupo familiar como el actor ¹⁹, en algunos casos inalcanzables posibilidades como

17 Ob. cit., pág. 346 y ss.

18 Considerando N° 13. En este sentido el Tribunal cita al Defensor Oficial ante la Corte, doctor Langevin, quien manifestó que el menor, debido a las particularidades de esta clase de alojamiento, ha sufrido graves afecciones en su salud y desarrollo evolutivo como consecuencia de haberse alojado en hoteles con baños y cocinas comunes. El citado funcionario manifestó que “[...] hasta hace muy poco J. no podía masticar, y esto no se debía a su enfermedad. Se debía a que la madre no cuenta con una cocina donde pueda elaborar los alimentos. Entonces le tenía que dar papilla. La cocina es común y J. molestaba con sus chillidos, que son su forma de comunicarse, y entonces le tenía que dar papilla, y a los seis años no sabía masticar, pese a tener toda la dentadura completa...en anteriores alojamientos no tenía baño propio, y por compartirlo contrajo hepatitis A. Entonces ha tenido que hacer sus necesidades en un tacho en la habitación [...]”.

19 De las palabras de la entonces Ministra de Desarrollo Social, María Eugenia Vidal, actual Vicejefa de Gobierno, surge que “[...] dentro de los

los créditos previstos en la ley 341 por no contar con los ingresos mínimos requeridos para obtenerlos, y en otras efímeras esperanzas de una reglamentación que, debiendo reflejar un avance sobre la cuestión social, fue atacada por resultar regresiva²⁰.

¿Constituye medio alternativo más idóneo obligar a la gente sin recursos a litigar para obtener la renovación de un subsidio que se otorga por un periodo determinado y no se renueva en ningún caso? El más elemental sentido común nos lleva a un rotundo NO como respuesta²¹, pues no resulta ser sino una tarea propia de los Poderes Legislativo y Ejecutivo diseñar e implementar políticas públicas en aplicación de los correspon-

programas de vivienda definitiva no hay uno específico para las personas en situación de calle”.

20 En minoría, la Dra. Alicia Ruiz, hizo lugar a la petición de declaración de inconstitucionalidad referida al cambio de objetivos en el programa. Al respecto, sostiene que resulta evidente que el Gobierno ha abdicado su obligación de orientar a las familias y personas en situación de calle en la búsqueda de una solución definitiva. Esta modificación, según su visión, es el resultado de la total desaparición de lo que era apenas -en el decreto 690/06- el punto de partida para una política pública. Destaca que la obligación que declina el Estado, tiene como contrapartida el derecho de los beneficiarios del programa a exigir judicialmente al Estado local la orientación mencionada. Esta obligación, que formaba parte del universo de garantías de los derechos fundamentales, ya no sería exigible a partir de la sanción del decreto 960/08. Es por ello que concluye que el derecho a la vivienda estaba mejor garantizado por la normativa anterior, y este retroceso no puede ser justificado porque no ha habido entre una norma y otra una mejora general en el estatuto de los derechos humanos. Agrega al respecto que la postura de la demandada no es suficiente en cuanto afirma que el asesoramiento se sigue produciendo, en tanto no documenta sus dichos, teniendo especialmente en cuenta que la mera mención de la reglamentación resulta insuficiente a estos fines (punto 4 del voto de la Dra. Ruiz)

21 En el Informe de Gestión de la Defensoría General Marzo 2007- Marzo 2009 de la Ciudad de Buenos Aires la problemática habitacional es la causa que genera el mayor grado de judicialización de las Defensorías de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario, tanto a nivel de consultas atendidas (82%) como de causas iniciadas (75%). <http://defensoria.jusbaires.gov.ar/informes/informes-2009/informedegestion/Informe%20Final.pdf>.

dientes Tratados de Derechos Humanos suscriptos, a los fines de brindar una solución progresiva al déficit habitacional de la Ciudad ²².

A la hora de determinar un medio alternativo más idóneo la Corte acude a un doble estándar, por un lado al concepto de eficiencia, el cual encuentra su reflejo en el examen de idoneidad realizado en el punto anterior, y por el otro a la idea de “bajo costo” en los términos recomendados por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

De esta manera entiende que las medidas implementadas, es decir el alojamiento en paradores del GCBA y el otorgamiento del subsidio habitacional contemplado en el decreto N° 690/06, no sólo resultan inidóneas para la satisfacción de los derechos conculcados por no tener en consideración la patología del niño y brindar una solución transitoria que coincide con la duración de la ayuda económica, sino que además resultan excesivamente onerosas a comparación de lo que implicaría coordinar los programas de asistencia social y salud de los que dispone el Estado local, no sólo a los efectos de sobrellevar la discapacidad del menor, sino también a fin de reinsertar en el mercado laboral a su madre, mecanismos que ofrecerían una solución duradera y a largo plazo.

22 Conforme el último Censo nacional de Población, hogares y viviendas de 2001 se registra que 2.725.094 personas conforman 1.024.231 hogares particulares en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de los cuales 211.234 personas y 67.917 hogares están en situación de déficit habitacional ya sea por las condiciones de la vivienda como por situaciones de hacinamiento. Según la Comisión Municipal de la Vivienda se estima que unas 500 mil personas (100 mil familias) tienen serios problemas habitacionales, especialmente las personas y familias que viven en casas tomadas, conventillos, piezas de hoteles, viviendas localizadas en villas y aquellas en situación de calle, sumándose a las condiciones físicas deficitarias del hábitat, la precariedad de la tenencia. Informe de Situación Social de la Ciudad de Buenos Aires (Enero 2003): *La Cuestión Habitacional en la ciudad de Buenos Aires y las características de la pobreza estructural*, N° 2. (<http://www.centrourbal.com>)

3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto

Este examen se pregunta por la relación entre la intensidad de la restricción y los argumentos que hablan a favor del peso y la importancia del derecho o bien jurídico colectivo colisionante.

Los diferentes pasos que resulta necesario recorrer para responder a este punto de análisis son básicamente tres: el grado de intensidad de la no realización (restricción) del derecho de prestación, el peso y la importancia de la realización del principio no colisionante y la relación entre ambos dirigida por la aplicación de la ley de ponderación que implica que cuanto más baja sea la no satisfacción de un derecho de prestación positiva, tanto mayor tiene que ser la satisfacción del otro ²³.

Para determinar la intensidad de no realización del derecho por acción insuficiente, hay que analizar cómo impacta esa no realización del derecho de prestación en el plan de vida de los afectados de acuerdo a sus intereses y necesidades argumentables. Asimismo, corresponde destacar que juega un papel importante determinar si el afectado pertenece a un grupo desaventajado de personas que sistemáticamente ha sido discriminado y si las consecuencias nocivas para sus derechos persisten en la actualidad ²⁴.

No resultó necesario para la Corte realizar un esfuerzo argumentativo sideral para explicar la intensidad de la afectación, ya que el marco fáctico del caso llevado ante sus estrados se explica por sí mismo; madre sola en situación de calle con un niño discapacitado cuyo cuidado le impide desprenderse de él para intentar insertarse en el mercado laboral. Este conjunto de circunstancias refleja una intensidad de afectación de derechos gravísima de la cual el Estado no puede desentenderse.

23 CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad...*, cit., pág. 360 y ss.

24 Ob. cit.

Ante las circunstancias anteriormente descritas, el análisis se integra con una presunción en contra de la proporcionalidad de la acción insuficiente la cual coloca en cabeza de la persona estatal, o de quien defienda la medida según sea el caso, probar su razonabilidad a través de una exigencia agravada de justificación que se irá acrecentado a medida que la omisión o acción insuficiente intensifique la violación del derecho involucrado ²⁵.

En el caso aquí comentado, el principal argumento sostenido por el Gobierno para rebatir la presunción de ilegitimidad que reposa sobre la acción insuficiente atacada, alude a las limitaciones de tipo presupuestario que establece la ley local sin haber aportado prueba alguna que demuestre sus dichos.

En este sentido, corresponde destacar que la Corte cita al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, por cuanto dicho organismo fija ciertos parámetros para establecer cómo puede entenderse el compromiso de los Estados por medio del análisis de los niveles de desarrollo del país, esto es determinando (i) la situación del país en un momento dado, (ii) teniendo en cuenta particularmente si atraviesa un periodo de recesión económica y (iii) si el Estado intentó encontrar opciones de bajo costo.

No debemos perder de vista que, más allá de las particularidades de este caso, el análisis debe integrarse con el frente entre la acción insuficiente atacada y la ley de presupuesto y su ejecución, pues a partir de ello es que podremos determinar si se ha dado cumplimiento con aquella obligación internacional asumida que compromete “hasta el máximo de los recursos disponibles” o si por el contrario, ha existido una subejecución presupuestaria en esta materia y, por ende, un incumplimiento de la palabra asumida. Asimismo, no debemos perder de vista que la aludida insuficiencia de recursos

25 Esta presunción se ve claramente consagrada en el punto 17 del Considerando de la segunda mayoría, en donde se manifestó que “[...] Es el Estado quien debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo por satisfacer sus deberes, y no el afectado que ve sus derechos insatisfechos”.

a través de la cual se elude el cumplimiento de numerosas obligaciones no responde, en muchas ocasiones, a un criterio de disponibilidad, sino de distribución ²⁶.

V. La importancia de los límites, la importancia del activismo

Alexander BICKEL planteaba el hecho de que los tribunales constituían una fuerza contramayoritaria dentro del sistema institucional y, más allá de destacar la importancia que revisite el control judicial, planteaba la paradoja de cómo las decisiones de los órganos políticos democráticamente elegidos podían ser invalidadas por los jueces, quienes son designados de por vida y no cuentan con legitimación popular en las urnas ²⁷.

Resulta innegable que en los últimos años las fronteras del control judicial se han ido expandiendo, abarcando cuestiones que años atrás hubiesen sido calificadas como una flagrante violación al sistema de división de poderes.

El fallo aquí comentado coloca sobre la mesa de debate una vez más, los diversos interrogantes que se han suscitado en los últimos tiempos en torno a los alcances del control judicial ²⁸.

26 FELNER, Eitan, “Métodos para monitorear la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *La medición de derechos en las políticas sociales*, Víctor ABRAMOVICH y Laura PAUTASSI (Compiladores), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, pág. 155.

27 BICKEL, Alexander M., *The least dangerous branch-The Supreme Court at the bar of the Politics*, Yale University Press, New Heaven and London, 1986, pág. 16 y ss.

28 En este sentido, el Máximo Tribunal destacó que “[...] esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativos el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno”.

Si bien es cierto que aquella frase de MONTESQUIEU que decía “los jueces no son ni más ni menos que la boca que pronuncia la ley, seres inanimados que no puede mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma” ha quedado en los polvorientos anaqueles de la historia, no resulta menos cierto que el principio republicano debe mantenerse como rector de la actividad de los tres poderes.

¿Acaso el activismo judicial es malo? ¿Implica una ruptura del principio de división de poderes? Por supuesto que no, si es ejercido, claro está, con la debida responsabilidad. Una sentencia resulta propia de un ejercicio activista de la judicatura cuando el tribunal, además de solucionar el caso concreto traído a su juzgamiento, envía señales innovadoras a los demás poderes, a los jueces inferiores y a la sociedad en general, tendientes a generar un cambio en la legislación, en la jurisprudencia o en las costumbres ²⁹.

Trazar los límites de lo sujeto a control judicial, discernir entre lo discrecional, lo arbitrario y lo reglado, son tareas que le corresponde a cada interprete en cada caso en particular resultando imposible, por ende, fijar criterios generales aplicables a todos los casos en donde se emplee un análisis como el aquí descripto.

La sentencia comentada se transforma en una expresión de aquel activismo como mensaje, no sólo por la trascendencia de los derechos involucrados, sino porque pretende transformarse en una sentencia ejemplificadora sobre la deuda social pendiente de la Ciudad de Buenos Aires.

VI. A modo de corolario

Este precedente, se transforma en un hito en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que no puede ni debe pasar desapercibido. El examen de proporcionalidad emplea-

29 MANILI, Pablo, “El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *La Ley* 2006-D-1285.

do y la magnitud del derecho involucrado, son claros indicadores de cómo se ha ido expandiendo el control judicial sobre derechos que hace más de una década, y a pesar de encontrarse expresamente contemplados en la letra de los Tratados Internacionales y de la Constitución, parecían ser más enunciados decorativos que derechos plenamente operativos.

Resulta claro que el camino que se debe recorrer es largo y con muchos obstáculos que sortear, pero no se puede más que recibir con beneplácito la señal que nos ha brindado el Máximo Tribunal de la Nación a través del fallo comentado.

Aún se encuentra encendida una pequeña luz de esperanza que se ha reavivado y nos dice que la posibilidad de empezar a generar políticas públicas que llenen de contenido los derechos sociales comience a transformarse en una realidad, aún existe esperanza en que las personas con mayor grado de vulnerabilidad social dejen de transitar interminablemente los pasillos de los tribunales para exigir sus derechos más básicos a los poderes políticos que, sistemáticamente, les han dado la espalda; tengamos esperanza que, en definitiva, es lo último que se pierde.

VII. Bibliografía

BICKEL, Alexander M., *The least dangerous branch-The Supreme Court at the bar of the Politics*, Yale University Press, New Heaven and London, 1986, pág. 16 y ss.

CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Eudeba

FELNER, Eitan, “Métodos para monitorear la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *La medición de derechos en las políticas sociales*, Víctor ABRAMOVICH y Laura PAUTASSI (Compiladores), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, 1995

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, 4ta edición ampliada y actualizada. Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires 2011.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Estado Constitucional de Derecho, políticas publicas y derecho de acceso a una vivienda digna”, La Ley, Buenos Aires, 28/05/2012.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo Veintiuno Editores, Colección Derecho y Política, Buenos Aires, 2011.

MANILI, Pablo, “El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, La Ley 2006-D-1285.

PINTO, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires. N° 4. Buenos Aires. Diciembre de 2011.

SOLÁ, Juan Vicente, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009.