

2016

“EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA”

SEMINARIO FINAL DE ABOGACIA

Alumno: Federico Nahuel Pitarch

Legajo: VABG19888

DNI: 37931558

Profesor: Mgter. Tomás José Obligado.

Carrera: Abogacía.



INDICE

❖ Dedicatoria.....	4
❖ Listado de Abreviaturas.....	5
❖ Resumen / Abstract.....	6
❖ Introducción.....	7
❖ Capítulo 1: Cuestiones preliminares de los DESC.....	9
❖ Capítulo 1.1. : Concepto de DESC.....	9
❖ Capítulo 1.2. : Aparición de los DESC.....	9
❖ Capítulo 1.3. : Marco Legislativo.....	11
❖ Capítulo 2: Elementos de los DESC.....	16
❖ Capítulo 2.1. : Los DESC como Derechos subjetivos.....	16
❖ Capítulo 2.2. : Los DESC como Derechos Humanos.....	19
❖ Capítulo 2.3. : Finalidad.....	20
❖ Capítulo 2.4. : El objeto de los DESC.....	20
❖ Capítulo 2.5. : Titularidad.....	22
❖ Capítulo 2.6. : Sujeto obligado.....	22
❖ Capítulo 3: El derecho a la vivienda digna y su exigibilidad.....	24
❖ Capítulo 3.1. : Conceptualización del derecho a la vivienda digna.....	24
❖ Capítulo 3.2. : John Stuart Mill y la función de la vivienda.....	26
❖ Capítulo 3.3. : Posturas en contra de la exigibilidad del derecho a la vivienda digna.....	28
❖ Capítulo 3.4. : Exigibilidad del derecho a la vivienda digna.....	30
❖ Capítulo 4: El sistema económico como eje central.....	32
❖ Capítulo 4.1. : El factor económico.....	32
❖ Capítulo 4.2. : Karl Marx.....	34
❖ Capítulo 4.3. : John Locke.....	35
❖ Capítulo 5: El control judicial.....	37
❖ Capítulo 5.1. : La Teoría de los Tres Paradigmas.....	37
❖ Capítulo 5.2. : La igualdad.....	40
❖ Capítulo 5.3. : Diálogo.....	41
❖ Capítulo 5.4. : La idoneidad del Poder Judicial.....	42

❖ Conclusión.....	44
❖ Anexo.....	50
❖ Listado de bibliografía.....	56

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mis padres que sin su apoyo moral y económico no hubiera podido alcanzar este logro.

A mi novia quien me brindo su aliento y me acompaño durante todo este tiempo.

A mi familia y amigos que están siempre conmigo y me brindan todo su afecto.

A la Universidad que me abrió sus puertas y puso a mi alcance todas las herramientas posibles para que pudiera cumplir con mi objetivo académico.

A todos los que me apoyaron para escribir y concluir esta tesis.

Para ellos es esta tesis, pues es a ellos a quienes se las debo por su apoyo incondicional.

LISTADO DE ABREVIATURAS

- Art.: artículo
- CABA: Ciudad Autónoma de Buenos Aires
- CETIM: Centro Europa – Tercer Mundo
- C.C.: Código Civil
- C.N.: Constitución Nacional
- Consid.: considerando
- DDHH: Derechos Humanos
- DESC: Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Inc.: inciso
- ONU: Organización de las Naciones Unidas
- PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- S.A.: sociedad anónima

RESUMEN

El CETIM es una organización clave dentro de la ONU la cual afirma que en el mundo hay 100 millones de personas sin un hogar y más de un billón de personas viven en alojamientos precarios. Nuestro país no escapa a esta realidad y miles de personas enfrentan esta situación diariamente. La normativa que tutela el derecho a una vivienda digna tiene rango constitucional, pero la reglamentación que determina la forma en que el Estado cumplirá con la efectivización de los mismos es inexistente. Cuestiones políticas, económicas y jurídicas entran en conflicto en este asunto. Muchos debates surgen todos los días en base a esto y dar respuesta a los mismos será la meta de esta tesis. El derecho a la vivienda digna ¿Es exigible?

ABSTRACT

The CETIM is one of the main organizations which belongs to the ONU. This organization claims that there are one hundred millions homeless people and more than one billion people live in precarious housing. Unfortunately, a great percentage of Argentinians are born undergoing this situation and thousands of people face it everyday. The law which protects the right to adequate housing, has constitutional status, but the reglamentation which establishes the way that the State will make it valid, does not exist yet. Political, Economic, and Legal issues conflict on this matter. Many debates are held on this basis everyday and the answer to them will be the aim of this thesis. Is the right to adequate housing justiciable?

INTRODUCCIÓN

La sociedad en general y el derecho en particular han sido objeto de numerosas mutaciones a lo largo del tiempo. La historia del nacimiento de los DESC se puede resumir, como el paso de un Constitucionalismo liberal o clásico basado en el axioma de que el mejor gobierno, es aquel que gobierna menos, a un Constitucionalismo Social, que hizo cambiar el rol del Estado el cual, producto de los nuevos requerimientos exigidos por la sociedad, pasó a tener un papel más activo y protagonista con más intervencionismo (Ekmekdjian, 1991). Es dentro de este último contexto que aparecen los DESC.

El derecho a la vivienda digna forma parte de esta nueva generación de derechos mencionada supra, el cual en los últimos tiempos ha sido el eje central de múltiples debates y discusiones. La vivienda juega un papel fundamental en el desarrollo de la vida de las personas, es por esto, que la sociedad toma conciencia de este hecho y lo tutela. El 14 BIS de la C.N. y el art. 2 y 11 del PIDESC son algunos de los ejemplos de estas normas que regulan la temática en cuestión.

Sin embargo hay que destacar que si bien hay normas que regulan el derecho a la vivienda digna, las cuales poseen jerarquía constitucional, la legislación que regula la materia es muy escasa, lo cual trajo y trae diferentes problemas. Esto es una de las principales dificultades que afligen a la temática ya que, si bien los legisladores y la sociedad en sí contemplaron la realidad fáctica de que la vivienda es fundamental para el desarrollo de las personas, los mismos jamás determinaron como el Estado iba a cumplir con este derecho. Todo esto nos trae a la pregunta esencial y eje fundamental del desarrollo de este trabajo: ¿Es exigible judicialmente el cumplimiento del derecho social a una vivienda digna?

La conceptualización de los DESC y del derecho a la vivienda digna, la determinación de sus titulares y del sujeto obligado (¿Es el Estado?), la importancia del factor económico y el papel de los jueces cuando estos derechos están en disputa son

algunos de ellos (¿Intervienen?), son algunos del resto de los objetivos que se intentará dar respuesta durante el desarrollo del trabajo.

El estudio e investigación de la temática en cuestión exige que se recurra a todas las fuentes de información posible. Los principios básicos, más precisamente la génesis del instituto *derecho a una vivienda digna* es lo que se debe investigar. Autores como Mill, Locke, Marx, cada uno con sus diferentes corrientes filosóficas colaborarán con este fin. Además, legislación como la Constitución Nacional, Tratados Internacionales de Derechos Humanos y diversos documentos jurídicos internacionales que reinan en la temática serán clave para el desarrollo del trabajo. La utilización de Leading Cases (casos destacados), junto con la más diversa gama de posturas doctrinarias culminan este conjunto de fuentes que serán consultadas en pos de ampliar la perspectiva sobre la exigibilidad de este derecho.

El cuerpo del trabajo cuenta con un número de cinco capítulos a desarrollar. Los mismos fueron dispuestos en un orden lógico para llegar de los aspectos más básicos y esenciales hasta los puntos más controvertidos y profundos.

El capítulo primero será dedicado a la conceptualización, historia y legislación de los DESC. El segundo capítulo está focalizado en los elementos de los DESC como la finalidad, objeto, titulares, sujeto obligado y la calificación de estos derechos. En el tercer capítulo se analizará el derecho a una vivienda digna. Su conceptualización, importancia y la determinación sobre si es exigible o no serán los temas a tratar. El cuarto capítulo será dedicado a fundamentar la ubicación del sistema económico como eje central de la temática. El último capítulo está dedicado a fijar los parámetros que deben seguir los jueces a la hora de intervenir cuando un DESC esté en juego. Un anexo con cuestiones complementarias se encuentra al final del trabajo con el objeto de terminar de profundizar la temática bajo investigación.

CAPITULO I

Cuestiones preliminares de los DESC

1.1. Concepto de DESC

“Sin conceptos la intuición es ciega y el pensamiento, sin intuiciones, vacío” (Immanuel Kant citado por Rivadeneira, 2012, Prologo página 20). El concepto de los DESC es una cuestión particular. Los DESC tienen como objeto dar respuesta ante las diferentes contingencias que pueden afectar a una persona, ubicándola en una situación de desamparo. Es por esto que el concepto que se desarrolle sobre los mismos, no debe ser fijo, sino mutable. En un mundo tan cambiante, el concepto de los DESC debe ser flexible y capaz de adaptarse a los diferentes contextos para poder cumplir con su objeto y razón de ser (Rivadeneira, 2012).

Los DESC son derechos subjetivos de carácter humano a favor de todos y a cargo del Estado, sobre el cual generan la correlativa obligación de adoptar medidas tendientes a lograr equilibrio dentro de la sociedad, protegiendo a aquella persona que, frente a las diversas contingencias sociales, se encuentra en una situación de desprotección.

1.2. Aparición de los DESC

Uno de los puntos clave que determinó la aparición de los DESC fue el cambio conceptual que se tenía sobre el Estado en su rol intervencionista dentro la sociedad. En un principio, una lectura individualista- liberal era la postura predominante. Esta lectura

dispone que “la distribución de la riqueza se opera por sí sola, tanto más equitativamente cuanto menos injiera el Estado en imponerle reglas” (Sagüés, 1997, página 480).

En esta etapa aparecen los derechos civiles y políticos. Estas disposiciones tuvieron causa en “las reacciones contra las demasías del poder absoluto y en la lucha del Estado llano contra la monarquía, tratando de ocupar un espacio garantizado de libertad” (Ekmekdjian, 1991, página 67). En otras palabras, estos nuevos derechos civiles y políticos aparecen como una carta protectora frente a aquel Estado absolutista, cuyo poder ilimitado se transformaba en el principal creador de desigualdades e injusticias. Una ejemplificación de dicha visión sobre el Estado podría ser *The Big Brother* (El Gran Hermano), esa creación literaria del escritor de la novela 1984, George Orwell, que nos ubica en una realidad futurista donde el poder del Estado no conoce límites y con el pretexto de ser la única forma de brindar felicidad y bienestar a la población, controla toda su vida eliminando todo aquel rasgo de libertad y derechos existentes.

Fueron las diferentes crisis mundiales las que hacen cambiar el papel del Estado. “Se descubre que el hombre, además de ser habitante y ciudadano, es trabajador, empresario, profesional, pobre o rico; que tiene necesidades sociales y económicas que no se garantizan con el mero reconocimiento de los derechos civiles y políticos”. (Ekmekdjian, 1991, página 173)

Es de esta manera que se comienza a adoptar una visión social del Estado. El Estado social de derecho es aquel basado en la justicia social, donde el rol del Estado pasa a ser más intervencionista, con el objeto de equilibrar y solucionar aquellas injusticias y diferencias, producto de una economía de mercado y de las determinadas eventualidades que se presentan en el desarrollo y evolución de una sociedad (Sagüés, 1997). Es aquí donde nacen los DESC.

Las actuales crisis mundiales, sumadas a un cambio generalizado sobre la importancia del bienestar del conciudadano dentro de la sociedad, hicieron poner a los DESC en el centro de la mirada, ya que son las crisis y estos contextos de inestabilidad política, social y económica, las que dotan de una mayor relevancia a los mismos. ¿Cuál es el motivo? Esto ocurre ya que es en esas situaciones donde las personas se encuentran más

vulnerables, indefensas y expuestas frente a las múltiples contingencias sociales (como enfermedades) que las pueden afectar y son los DESC la herramienta clave para enfrentarlas.

1.3. Marco Legislativo

El problema de los juristas actuales y el motivo principal del por qué aún no hay una dogmática con respecto a estos DESC es porque los mismos, a la hora de sentar sus determinadas posturas, no se apoyan en las pocas, pero suficientes, normas de DESC. Su omisión significa la realización de opiniones abstractas basadas en posturas filosóficas y meras opiniones personales carentes de todo sustento jurídico.

La legislación en materia de DESC no es muy extensa sin embargo, la misma, junto con los diversos documentos jurídicos internacionales de carácter interpretativo que se verán a continuación, permiten sentar los puntos básicos de la materia y la correspondiente creación de una dogmática.

La Constitución Nacional y diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país, tutelan los DESC y dentro de ellos al derecho a una vivienda digna. Esto refleja el papel trascendental de los DESC dentro de nuestro ordenamiento jurídico ubicándose de esta manera en la cúspide del mismo.

El art. 14 BIS de la Constitución Nacional en su párrafo 3 establece: El estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: (...) el acceso a una vivienda digna.

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

El art 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone: Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica; para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se deriven de las normas económicas, sociales, sobre la educación, ciencia y cultura (...).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (desde ahora PIDESC), art 11, dispone: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

El PIDESC en su artículo 2 dispone: 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.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre en su artículo 11 determina que: Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

La Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial en su artículo 5 inciso “e” punto “3” determina: En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos

siguientes: (...) los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: (...) el derecho a la vivienda (...).

La Convención sobre Derechos del Niño en su artículo 27 dispone: Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (...) Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medida apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Es necesario, aparte de las normas mencionadas, observar algunos textos jurídicos internacionales de carácter interpretativo. Se hace alusión a Los Principios de Limburgo (1986), Los Principios de Maastricht (1997 y 2011) y por último las Observaciones Generales del PIDESC. Los mismos adquieren un papel trascendental, al no existir actualmente, una legislación nacional que reglamente la materia. A todo esto nace la pregunta de, si estos textos no son leyes y no forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, ¿Por qué uno debe tomarlos en cuenta?

Las Observaciones Generales no pueden ser ignoradas por los Estados Partes, ya que las mismas son creadas por el Comité de DESC, única autoridad de aplicación del PIDESC. Entonces, si la única autoridad de control de la aplicación de dicho Tratado crea una serie de documentos con el fin del esclarecimiento y de la interpretación del mismo, entiendo que el desconocimiento de estos documentos por los Estados Parte es una cuestión ilógica y carece de toda fundamentación, ya que los mismos están vinculados de manera directa a contemplarlos (Abramovich y Courtis, 2004). “Las observaciones Generales dictadas por el Comité equivalen a su jurisprudencia en relación con el contenido del Pacto, del cual es el único órgano de aplicación” (Abramovich y Courtis, 2004, p. 68).

(...) cuadra poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del Artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. (Corte Suprema

de Justicia de la Nación, Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A., voto mayoritario, consid. 8, 2004)

(...) el Comité de Derechos Económicos Sociales y culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las condiciones de vigencia de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Q. C., S. Y. c/ GCAB, voto mayoritario, consid. 10, 2012).

Lo mismo ocurre con Los Principios de Limburgo y Los Principios de Maastricht - 1997, 2011, que desde ahora serán aludidos como “Guías de Comprensión” (Abramovich y Courtis, 2004). Estas Guías, son producto de una serie concatenada de reuniones internacionales que de manera progresiva, en base a los distintos contextos sociales y al paso del tiempo, intentaron de la manera más razonable y eficiente posible, crear documentos que sirvan como base para la interpretación de las normas de DESC, con motivo de compensar la generalidad con la que fueron redactados. Cada uno de estos documentos se considera un avance y una mejora con respecto al otro según el orden cronológico en que fueron creados.

Dichas Guías de Comprensión, también son documentos de consulta utilizados por el Comité de DESC, tanto en la realización de las Observaciones Generales mencionadas supra, como en la evaluación de los informes realizados por los Estados Parte al comunicarle al Comité el estado de cumplimiento y efectivización de DESC dentro de sus respectivos territorios (Abramovich y Courtis, 2004). Es por esto, que si el Comité de DESC toma como punto de referencia a estas Guías ante eventuales lagunas de derecho, la no observancia de los mismos por los Estados Parte, vuelve a resultar una cuestión carente de sustento.

El nuevo C.C. en su Título Preliminar art. 2 dispone: La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico.

Como se puede observar no solo la ley en sentido estricto es lo que debe ser tomado en cuenta para resolver una determinada cuestión, son varias las cuestiones que entran en juego. En la materia de DESC, estos documentos internacionales mencionados supra, son aquellos elementos que permiten tener una visión más amplia sobre la ley, ya que permiten conocer finalidades, principios y valores, permitiendo de esta manera, una interpretación de la legislación eficiente.

CAPÍTULO II

Elementos de los DESC

2.1 Los DESC como Derechos Subjetivos

Los DESC son derechos subjetivos. Al derecho subjetivo lo podemos conceptualizar como “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo” (Rivadeneira, 2012, página 9). Tres son los elementos que componen al derecho subjetivo: una norma jurídica, una obligación jurídica y una posición jurídica (Rivadeneira, 2012). Se puede afirmar que todo aquello que cumpla con las características antes mencionadas quedará encuadrado como un derecho subjetivo.

Una norma jurídica es todo enunciado normativo cuyo cumplimiento puede ser forzado por el poder estatal legítimo. La misma debe ser válida para la existencia de un derecho subjetivo. La validez hace referencia al cumplimiento del proceso establecido para la creación de la misma (Rivadeneira, 2012).

La obligación jurídica es el vínculo jurídico entre una persona que tiene la facultad de exigir algo y otra que tiene la obligación de cumplirla. En otras palabras, “no existe derecho subjetivo sin una obligación jurídica correlativa que obligue a otro (obligado) a hacer o dejar de hacer algo (objeto del derecho)” (Rivadeneira, 2012, página 12).

El último carácter que compone la estructura del derecho subjetivo es la posición jurídica. La misma hace alusión a la situación de una persona que posee la facultad de demandar la efectivización de un determinado derecho ante un juez (la exigibilidad de un

derecho). Los fundamentos que sostienen que los DESC son derechos subjetivos son de distinta índole.

Un primer fundamento parte de la idea que los DESC poseen los mismos elementos que los que contienen los derechos subjetivos. Estos son: norma jurídica, obligación jurídica y posición jurídica. Las normas jurídicas donde los DESC se encuentran tutelados, se encuentran dentro de la Constitución Nacional y los diversos Tratados Internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico en función del art 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. La obligación jurídica, en este caso a cargo del Estado, consistirá en aquellas acciones u omisiones que tendrá que realizar el mismo, en miras a la efectivización de, por ejemplo; el derecho a la vivienda digna. Por último, la posición jurídica, está hablando de la exigibilidad de dicho derecho, es decir del poder reclamarle a aquel sujeto obligado su cumplimiento. Si bien el tema de la exigibilidad será tratado más adelante, siendo este el eje principal del trabajo, es posible adelantar que los DESC son exigibles.

Otra forma de fundamentar que los DESC son derechos subjetivos, parte de la idea de erradicar la diferenciación entre los DESC y los derechos civiles y políticos. Debemos dejar de hablar de diferentes tipos de derechos, y empezar a considerarlos como derechos ubicados a un mismo nivel con igual valor. El derecho al sufragio ¿No es un derecho subjetivo?, El derecho a la libertad de expresión ¿No es un derecho subjetivo?, el derecho a usar y disponer de la propiedad ¿No es un derecho subjetivo? Es decir, ¿No son derechos contemplados en normas jurídicas, que tienen obligaciones correlativas en cabeza del sujeto obligado correspondiente y que su exigibilidad es algo que no se cuestiona? Entonces, si los DESC otorgan las mismas facultades y poderes a sus titulares ubicándose en el mismo plano jurídico en comparación con los derechos civiles y políticos, ¿Por qué el derecho a la vivienda digna no sería un derecho subjetivo? Algunos enunciados que ratifican mi postura son los siguientes:

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son instrumentos complementarios. Aunque la mayoría de los derechos caben claramente dentro del marco de uno de los dos Pactos, existen varios derechos y disposiciones que se mencionan en ambos instrumentos y que no

se prestan a una clara diferenciación (...) (Pacto de Limburgo, Observación General número noventa y ocho).

Al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales imponen sobre los Estados tres tipos de obligaciones distintas: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. El incumplimiento de cualquiera de estas tres obligaciones constituye una violación a dichos derechos (...) (Principio de Maastricht 1997, Observación número seis).

Como es posible apreciar ambos enunciados intentan determinar que una diferenciación entre ambos grupos de derechos es innecesaria e irrelevante, ya que ambos poseen el mismo valor jurídico, aparte de generar en el Estado el mismo tipo de obligaciones.

El último fundamento que viene a escena es aquel que determina que los DESC son derechos subjetivos, ya que considerarlos como derechos colectivos, sería ir en contra de los intereses más profundos por los cuales fueron creados.

Los derechos colectivos “son aquellos derechos trans-individuales de naturaleza indivisible de que son titulares grupos, categorías o clases de personas ligadas entre sí, o como parte contraria por una relación jurídica común” (Rodríguez, 2003, Tomo 1 página 499). Esto significa que la persona tendría el derecho, por ejemplo a una vivienda digna, pero no de manera individual sino como parte de un grupo, en este caso aquel sector de la población desprotegido que no tiene acceso a una vivienda digna. Esta visión de protección del colectivo como un todo y no de la protección de cada uno de sus miembros individualmente, no estaría considerando a la persona lo suficientemente en serio (Rivadeneira, 2012).

Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia (...) (PIDESC, art 11). Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales (...)” (Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, art. 11). Ambas normas, que como vemos hacen alusión a derechos de las personas de manera particular, son solo algunos de aquellos

elementos probatorios que reflejan que la intención del legislador a la hora de la creación de dichas normas, fue el otorgarle a cada persona de manera individual ,por ejemplo, el derecho a la vivienda digna o a la salud. Una persona tiene el derecho a la vida, no por ser parte del grupo de personas que habitan la tierra, sino por ser un ser humano individualmente considerado. Aclaro que la idea en esta oportunidad no es decir que los derechos colectivos son improcedentes en general y que su existencia no tiene razón de ser, sino que al interpretar las normas jurídicas de DESC, se entiende que la intención del legislador no fue considerarlo un derecho colectivo, sino un derecho subjetivo.

2.2. Los DESC como Derechos Humanos

Los derechos especiales son aquellos que surgen de un título adquisitivo (ley o contrato), en cambio los derechos generales (denominados categóricos) son aquellos que no necesitan título, como los derechos humanos o los derechos fundamentales, ya que son inherentes a toda persona solo por poseer la calidad de tal (Rivadeneira, 2012).

Centraremos la atención en esta segunda categoría. Dos son las características que distinguen a los derechos categóricos del resto: según sus sujetos, son derechos universales, es decir sus titulares son todos. Según fundamentación, son derechos morales, si bien los derechos generales son consagrados en diversas cartas constitucionales, en relación a que las mismas pueden ser reformadas, son necesarias razones filosóficas y sustanciales para su justificación (Rivadeneira, 2012).

Aunque puedan parecer lo mismo y en la práctica muchas veces pueden ser usados de esta manera, los derechos fundamentales y los derechos humanos difieren entre sí. Si bien, ambos son derechos subjetivos con un alto grado de importancia, la diferencia radica en que los derechos fundamentales al ser constitucionales, es decir para ser tales deben estar amparados por la Constitución de un Estado, varían de un Estado a otro (en algunos Estados se pueden reconocer más o menos derechos fundamentales que en otro). En cambio los derechos humanos (todos) siempre son correspondidos a todos los seres humanos con

independencia de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico interno de cada Estado. (Rivadeneira, 2012)

Los DESC son Derechos Humanos es decir, forman parte de “una serie de atributos y facultades del individuo como tal, esenciales para su vida y desarrollo” (Sagüés, 1997, Tomo 2, página 226). Aparte del hecho de que dichos derechos están contemplados en diversos tratados de Derechos Humanos, las Guías de Comprensión vienen a ratificar esta afirmación. Los derechos económicos, sociales y culturales forman parte integral del derecho internacional de derechos humanos (Principio de Limburgo, Observación General número uno).

2.3. Finalidad

La razón de ser de los DESC radica en la evidente desigualdad entre los individuos dentro de la sociedad. Se toma a este ciudadano más débil y desprotegido frente al mundo y las diferentes contingencias sociales que lo pueden afectar y se le otorga derechos, con la intención de permitirles a las personas el acceso a condiciones económicas y sociales necesarias para la vida digna. Algunos de ellos son: educación, asistencia médica, medio ambiente saludable, vivienda digna entre otros (Ekmekdjian, 1991). Los DESC buscan “asegurar un mínimo social que asegure el autorespeto” (Rivadeneira, 2012, Prologo, página 18).

2.4. El objeto de los DESC

Cuando se habla del objeto de los DESC, se hace referencia al contenido de los mismos. El objeto de estos derechos son aquellas acciones y omisiones a cargo del Estado, que constituyen el contenido de una norma jurídica que tiene en mira la efectivización y satisfacción de un DESC (Rivadeneira, 2012).

Tanto las Guías de Comprensión como los Tratados Internacionales buscan determinar que los caminos que puede adoptar el Estado en miras a la efectivización de estos derechos son diversos. El artículo 2 del PIDESC determina: (...) 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 Principio de Limburgo en su Observación General número seis dispone: La plena realización de estos derechos no responde a un solo camino.

Si bien se mencionó que el objeto de los DESC pueden ser tanto acciones como omisiones, la intención del legislador en las normas de DESC y de los juristas en las Guías de Comprensión, fue que el Estado adoptara un rol activo con la obligación de tomar medidas tendientes a la efectivización de los mismos y no un comportamiento pasivo. Es por esto que en su casi totalidad, se habla de medidas consistentes en acciones positivas, dejando solo aquella necesidad de un comportamiento pasivo cuando el derecho ya fue efectivizado y un actuar positivo del Estado iría en desmedro del mismo. Esto agrega un nuevo carácter a los DESC, es decir que lo mismos son derechos generales positivos.

Esta obligación de actuar de manera positiva que recae sobre el Estado, se puede traducir en un doble eje obligacional, por un lado estamos hablando de una obligación de resultado, es decir la garantización de un nivel de subsistencia mínima y por el otro una obligación de medios, que se basa en el deber de un comportamiento diligente que de manera eficaz y progresiva busque la mejora de las condiciones de prestación de estos derechos.

Corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos (...) Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser (...) Toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata (...) Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su

disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas (Comité de DESC, Observación General número tres).

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 (PIDESC art. 2)

2.5. Titularidad.

Cuando se habla de titularidad de un derecho, se hace referencia a aquellos que gozan de la protección del ordenamiento jurídico sobre un determinado bien jurídico, como puede ser la vivienda. Los DESC tienen como titulares a todos los individuos, es decir, a los seres humanos en su totalidad. La fundamentación de esta afirmación se basa en la consideración de los DESC como Derechos Humanos. Al ser la universalidad una de las principales características de los Derechos Humanos y al mismo tiempo los DESC encuadrarse dentro de los mismos, la cuestión resulta indiscutible.

¿Todos los seres humanos son titulares de estos derechos? El Estado ¿Tiene la obligación de garantizarle a las personas estos derechos sin importar si estos son nacionales o extranjeras? Como regla general, el Pacto aplica por igual a los nacionales y no nacionales de un país determinado (Principio de Limburgo, Observación General número cuarenta y dos). Las normas de DESC y las Guías de Comprensión apuntan a la no discriminación en la aplicabilidad de estos derechos y por eso los mismos se garantizan a todos (universalidad) con independencia de si la persona es nacional o extranjera.

2.6. Sujeto obligado

El sujeto obligado a efectivizar estos derechos es el Estado. Los DESC son Derechos Humanos (universalidad de titulares). Los derechos universales tienen obligaciones universales como correlativas, es decir que el obligado es la generalidad también (la sociedad como un todo). Es el estado en calidad de su representante jurídico que toma el papel de obligado (Rivadeneira, 2012).

Dentro del círculo de obligados los tres poderes están implicados. El poder ejecutivo está obligado dentro de sus atribuciones a diseñar las políticas públicas, las cuales deben estar orientadas a posibilitar la plena efectivización de los mismos. El Poder Judicial, por su parte, es el encargado de, ante un eventual reclamo que revele el incumplimiento de estos DESC, intervenir en defensa de los mismos (este tema será retomado en el capítulo tres). El Poder Legislativo, por último, y a mi entender el más importante en esta cuestión, es el encargado de dictar la madre de todas las leyes en materia de DESC, esta es, la Ley de Presupuesto. A través de la Ley de Presupuesto, los legisladores son, los que mediante un estudio y análisis detallado, deciden como se distribuirán los recursos, que obviamente son escasos en comparación con las necesidades de la población, de la manera más eficiente y justa. (Grosman, 2008).

CAPITULO III

El derecho a la vivienda digna y su exigibilidad.

3.1. Conceptualización del derecho a una vivienda digna.

Si bien uno puede decir que las personas tienen derecho a una vivienda digna, la cuestión radica en determinar cuál es el alcance del término vivienda digna. El art 14 Bis de la Constitución Nacional usa el término vivienda digna, mientras que por ejemplo el PIDESC en su artículo 11 usa el término vivienda adecuada. Ambos términos tienen el mismo propósito, es decir indicar que aquella vivienda debe estar por encima de aquel límite debajo del cual no se considera una vivienda idónea para la vida de un ser humano. El uso de ambos términos es indistinto.

En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte (Comité de DESC, Observación General número cuatro, punto siete). El concepto de vivienda adecuada... significa disponer de un lugar donde poderse aislar 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 (Comité de DESC, Observación General número cuatro, punto uno siete in fine).

El Comité de DESC en su Observación General número cuatro punto ocho, enumera los aspectos a tener en cuenta para determinar si la vivienda es adecuada:

(...) Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun 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 los siguientes:

a) Seguridad jurídica de la tenencia: La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público o privado), (...) la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, (...) Sea cual fuera el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que le garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas (...)

b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura: (...) Todos los beneficios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.

c) Gastos soportables: Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas (...)

d) Habitabilidad: Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes (...).

e) Asequibilidad: La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda (...)

f) Lugar: La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales.

g) Adecuación cultural: (...) Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar porque no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y porque se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos (...)

Con respecto al objeto, titulares, sujeto obligado y finalidad del derecho a una vivienda adecuada, se remite a lo desarrollado en el capítulo número uno.

3.2. John Stuart Mill y la función social de la vivienda.

John Stuart Mill (1806-1873), Filósofo Inglés, desarrolla un tratado de filosofía moral, llamado el Utilitarismo o Teoría de la felicidad. El mismo explica el criterio utilizado por las personas para decidir entre dos cursos alternativos de acción es decir, cuál es el criterio utilizado para determinar qué es lo correcto y que lo incorrecto y actuar en base a esto. Hablamos de determinar cuál es el motor orientador de los seres humanos (Mill, 2012).

El utilitarismo propone tener en cuenta las consecuencias de cada uno de los cursos de acción y valorarlos desde la perspectiva del placer que proporciona cada uno de ellos (Cortina, 2008). La base es que todos los seres vivos buscan el placer y huyen del dolor, determinando de este modo, que el móvil fundamental del comportamiento humano, es la búsqueda del placer (Mill, 2012). Se considera, que las acciones son correctas en la medida que tienden a promover felicidad, e incorrectas en cuando tienden a producir lo contrario. Por felicidad se entiende el placer y la ausencia del dolor; por infelicidad el dolor y la falta de placer” (Mill, 2012, página 50)

La teoría de Mill viene a escena solo para apoyar, con un toque novedoso, mi postura que pretende dejar sentado la importante función social que posee la vivienda dentro de la sociedad. El vínculo entre la teoría de Mill y la importancia de la vivienda se podría resumir de la siguiente manera: Las personas tienen como meta principal la búsqueda de su felicidad, y la felicidad es entendida como una vida con predominio de los

momentos placenteros sobre los momentos de sufrimiento y dolor. Aquellos momentos placenteros se pueden lograr ante determinadas situaciones como pueden ser la obtención de logros personales, la realización de una vida plena y saludable, la formación de una familia, la crianza de los hijos. Es de esta manera como la vivienda, se convierte en una herramienta clave posibilitadora de todo esto, al cual se le debe reconocer la correspondiente trascendencia que por lógica le corresponde. La vivienda da seguridad, tranquilidad, protección y funciona como base estructural sobre la cual las personas construyen sus planes de vida permitiéndoles progresar.

Como podemos observar aquellas cuestiones que a prima facie dan felicidad a las personas como tener una vida saludable y la crianza de los hijos, corresponden con DESC como son el derecho a la salud y a la educación respectivamente. Es por esto que se ubica a la vivienda como base, sobre la cual se estructura la vida de las personas. La función social de la vivienda dentro de la sociedad es algo indiscutible.

El derecho humano a una vivienda adecuada tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales (Comité de DESC, Observación General número cuatro, punto uno). El derecho a una vivienda adecuada no puede considerarse aisladamente de los demás derechos que figuran en los Pactos Internacionales y otros instrumentos internacionales aplicables (Comité de DESC, Observación general número cuatro, punto nueve).

“Los derechos sociales son de igual jerarquía e igual estructura que los demás derechos humanos y todos tienen carácter interdependiente. La afectación de cualquiera de ellos genera necesariamente la disminución, o incluso la pérdida, de los restantes” (Tribunal Superior de Justicia de CABA, Alba Quintana, Pablo c/ GCBA, Ruiz Alicia E. C., consid. 2, 2010)

(...) el acceso a la vivienda digna está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales. De hecho, un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no sólo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a tal punto que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el

resto de los habitantes (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Q. C., S. Y. c/ GCAB, Petracchi Enrique Santiago, consid. 8, 2012).

3.3. Posturas en contra de la exigibilidad del derecho a la vivienda digna.

El termino justiciabilidad y exigibilidad serán utilizados con la misma connotación en este trabajo. Justiciabilidad es “la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho” (Abramovich y Curtis, 2004, página 37). En otras palabras, es la facultad que tiene la persona de demandar, la efectivización del cumplimiento de un determinado derecho.

Aquellos que sostienen que los DESC, y dentro de ellos el derecho a una vivienda adecuada, no son exigibles, se basan en los siguientes argumentos: la incapacidad del poder judicial para el diseño de políticas públicas, aquellos que los considera derechos pragmáticos y por último aquellos que invocan al factor económico como elemento que torna no exigible a los mismos.

El primer caso plantea la falta de idoneidad del Poder Judicial para intervenir en cuestiones donde esté comprometido el diseño de políticas públicas. Primero se argumenta que dicha intervención es contraria a la ley de presupuesto. La ley de presupuesto es producto de un estudio y debate entre los miembros del Poder Legislativo, por el cual se decide la manera en que se distribuirán dentro de la sociedad los recursos, por ende si un juez tomara este tipo de decisiones se podría generar una incompatibilidad entre ambos institutos.

En segundo lugar, se hace el siguiente planteamiento: sabiendo que los recursos son escasos y que la adopción de decisiones distributivas implica que se le asignen determinados recursos a algunas personas mientras que a otras no, la pregunta radica en saber si los jueces tienen la posibilidad de, desde su posición, apreciar estas cuestiones y saber quiénes son aquellos, dentro de la sociedad, que tienen prioridad ante los mismos.

Estas cuestiones se denominan problemas policéntricos, y se refieren a que el juez no termina de tener conciencia sobre todas las consecuencias de su decisión, ni de todas aquellas personas que se pueden ver afectadas por la misma.

Algunos culminan esta perspectiva esgrimiendo que si el Poder Judicial interviene en este tipo de decisiones, estaría inmiscuyéndose en la esfera de facultades y atribuciones reservadas a otros poderes, y de esta manera, estaría violando la división de poderes (Grosman, 2008). La refutación a estos argumentos está explicada en el capítulo quinto.

Aquellos juristas en favor de que los DESC son derechos pragmáticos sostienen que la falta de una reglamentación que dote de contenido a las normas de DESC los convierte en derechos no exigibles. De esta manera, son considerados como declaraciones de buenas intenciones, declaraciones de compromiso político o fraude tranquilizador, siendo solamente exigibles los derechos civiles y políticos (Abramovich y Courtis, 2004). La falta de contenido de dichas normas, es el elemento que los tornaría en derechos pragmáticos.

Este obstáculo resulta inviable si consideramos que la indeterminación del contenido de un derecho aparece también, en muchas normas de derechos civiles y políticos, por ejemplo aquellas que tutelan el derecho al voto ¿Qué es el derecho al voto? ¿Cuál es su alcance? Este inconveniente no determina que los derechos civiles y políticos no sean exigibles, todo lo contrario, motiva “la tarea de especificación de su contenido y límites, a partir de distintos procedimientos de afinamiento de su significado – principalmente, la reglamentación legislativa y administrativa, la jurisprudencia y el desarrollo de la dogmática jurídica” (Abramovich y Courtis, 2004, página 123). Además, la generalidad de estas normas jurídicas se debe a que de esta manera se “ofrece a los órganos encargados de especificar el contenido de los derechos contenidos en esos instrumentos un margen de elección compatible con la prudencia y necesidad de evaluación de la oportunidad que requiere la toma de cualquier decisión política” (Abramovich y Courtis, 2004, p. 124).

La última cuestión es el factor económico como condicionante. Muchos pensadores exponen que los DESC no son justiciables argumentando el excesivo gasto económico que su efectivización implica. Sin embargo un fundamento simple puede dejar a esta postura

fuera de toda consideración. La idea es demostrar que para la garantización de los derechos civiles y políticos el Estado también desembolsa considerables sumas de dinero. Esto se puede apreciar por ejemplo en el desarrollo de las elecciones (para garantizar el derecho al voto) o el dinero invertido en los registros públicos que aseguran las transferencias de las propiedades (para la protección del derecho a la propiedad) (Grosman, 2008). “Ningún derecho, sostienen, es simplemente un derecho a que el Estado no nos moleste; todos los derechos requieren una conducta afirmativa del Estado” (Grosman, 2008, página 23).

3.4. Exigibilidad del derecho a la vivienda digna.

Los DESC, y dentro de los mismos, el derecho a la vivienda adecuada son exigibles. No existe el argumento jurídico, filosófico o de cualquier otra índole que explique porque un DESC como el derecho a la vivienda digna, amparado tanto por la Constitución Nacional como por Tratados Internacionales no es un derecho pleno y ante una violación a los mismos, el Poder Judicial no puede intervenir para asegurar su efectivización. Los DESC son derechos que poseen rango constitucional y su ubicación en la cúspide de la pirámide de nuestro ordenamiento jurídico, además de reflejar su importancia, representan el deber de los jueces de ser más exigentes en aquellos casos en que se vean comprometidos los mismos. “Allí donde la Constitución es más exigente, también deben serlo los jueces” (Grosman, 2008, página 155)

El sistema internacional de Derechos Humanos fue creado en protección de las personas, lo que presupone que los derechos que se reconocen son exigibles jurisdiccionalmente y no dependen de la discrecionalidad de la administración o el legislador (Tribunal Superior de Justicia de CABA, Alba Quintana, Pablo c/ GCBA, Ruiz Alicia E. C., consid. 6, 2010).

El derecho a la vivienda adecuada es un derecho humano, pleno y operativo, y ante su violación, es el Poder Judicial el que debe intervenir para dirimir la cuestión. El Poder Judicial debe intervenir como si cualquier otro derecho (por ejemplo el derecho al voto)

hubiera sido menoscabado. Bajo que parámetros y en qué medida el Poder Judicial interviene en estas cuestiones es otra cuestión.

(...) la Constitución Nacional asume el carácter de una norma jurídica y, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano fundamental(Corte Suprema de Justicia de la Nación, Q. C., S. Y. c/ GCAB, Petracchi Enrique Santiago, consid. 9, 2012).

CAPITULO IV

El sistema económico como eje central

4.1. El Factor Económico

El sistema económico es una cuestión central a la hora de analizar la efectivización del derecho a una vivienda digna, la responsabilidad estatal y la forma en que los jueces deben intervenir en casos donde este derecho este comprometido. Si bien se mencionó anteriormente que el límite que produce este factor no torna a estos derechos en no exigibles, no puede negarse que la pobreza, la escasez y la estructura económica son cuestiones altamente relevantes (Grosman, 2008). “Tomarse los derechos en serio significa tomarse la escasez en serio” (Fallo de la Corte de Estados Unidos – Caso Deshaney v. Winnebago Country Department of Social Services – citado por Grosman, 2008, página 29).

La escasez, significa que los recursos existentes dentro de un Estado son menores, y por lo tanto insuficientes, en comparación con las necesidades de las personas. Esto implica que el Estado deba tomar decisiones distributivas. Las decisiones distributivas son en simples palabras, la asignación de los recursos a los miembros de la sociedad, los cuales al ser insuficientes, demuestran que la particularidad y esencia de estas decisiones, es que la asignación de los mismos a la protección de un bien jurídico fundamental como la salud, puede ir en desmedro de otro bien jurídico fundamental como pueden serlo la educación o la vivienda. (Grosman, 2008)

(...) existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el

legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Q. C., S. Y. c/ GCAB, voto mayoritario, consid. 11, 2012).

Un sistema económico efectivo es la principal herramienta posibilitadora de todo proyecto tanto a nivel estatal como personal. Se propone un ejemplo: Cualquier persona dentro de su vida se plantea objetivos, tener hijos, criarlos, estudiar una determinada profesión, y tantas otras cosas. Para alcanzar aquellos objetivos una vez planteados, las personas necesitan de dinero para poder solventar dichos proyectos. El hecho de tener un hijo y criarlo no es una cuestión que se caracterice por ser de bajo costo. La compra de todos los insumos necesarios para el desarrollo de un recién nacido y en sus posteriores etapas de vida, son cuestiones con un alto nivel de onerosidad. Lo mismo ocurre con el estudio. Si bien, hay escuelas y universidades públicas, uno siempre necesita cuestiones complementarias como alimentarse, vestirse, transportarse, entre otras cosas, que permiten que una persona pueda estudiar y para esto es necesario un sistema económico efectivo que los sustente. A nivel estatal es exactamente lo mismo, ya que garantizar el derecho al voto, a la salud, a la educación, a la libre expresión, a la propiedad, al medio ambiente, o a la vivienda requieren de un sistema económico planificado y sustentable que lo permita (Grosman, 2008).

El derecho a una vivienda adecuada no es un derecho garantizado de forma plena en nuestro país, y analizar este problema de una forma realista significa tomar conciencia de como gira el mundo fácticamente. El armado de un sistema económico fue, es y será el elemento crucial que permitirá solucionar esta cuestión. Es de entender que si el día de mañana el Congreso de la Nación Argentina sanciona una ley que determina que la pobreza está prohibida en Argentina, la misma será totalmente irrelevante, ¿O alguien piensa que esta es la forma de erradicar la pobreza? (Grosman, 2008).

Por cuanto el derecho es una ciencia de realidades y de nada sirven las declaraciones pomposas efectuadas en las leyes, cuando siempre y en todo caso se sabe que estos derechos, denominados sociales, están supeditados en su concreción a la efectiva

materialización de políticas conducentes, y a la asignación de recursos suficientes (Grosman, 2008, página 57).

El Estado debe realizar el mayor esfuerzo posible, en razón de lo previsto por el PIDESC, para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad del derecho a la vivienda digna de todos sus habitantes (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Q. C., S. Y. c/ GCAB, Enrique Santiago Petracchi, consid. 10- c, 2012).

En pos de fundamentar esta teoría que ubica a la economía como centro de todo, se proponen dos posturas filosóficas. Separados por más de 100 años y por contextos económicos, sociales y culturales diferentes, ambos autores desarrollan teorías que actualmente son ubicadas en lados opuestos dentro de los sectores políticos: uno por derecha y otro por izquierda. Estamos hablando de Karl Marx y John Locke.

4.2. Karl Marx

Karl Marx (1818-1883), brinda el siguiente razonamiento: El ser humano necesita para vivir de diferentes bienes materiales como por ejemplo alimento, vestimenta y vivienda. Como la naturaleza no brinda estos bienes ya listos para su utilización, es el hombre mediante su trabajo, el cual transforma esta materia prima en estos bienes necesarios para el desarrollo de la vida. Es por esto que el trabajo adquiere una función fundamental dentro de la sociedad, siendo la producción de bienes materiales aquel elemento que permite el desarrollo (Afanasiev, 1964).

Siendo la producción de bienes materiales, una cuestión central, es conveniente definir a los modos de producción. Los modos de producción, son la forma de organización de la producción de bienes materiales (actividad económica) en la sociedad, en otras palabras las distintas relaciones que se dan entre las fuerzas productivas y las relaciones de producción (Afanasiev, 1964).

Las fuerzas productivas son el conjunto formado por los medios de producción y las personas. Los medios de producción incluyen tanto, los objetos de trabajo (las cosas a que se aplica el trabajo humano), como los medios de trabajo (maquinaria y herramientas) (Afanasiev, 1964).

El ser humano es incapaz de producir todos aquellos bienes que necesita para abastecer a todo un país si lo hace de manera aislada. Necesita de un esfuerzo y una organización a nivel colectivo y general para la realización de tal fin. Para realizar esta organización son necesarias distintas relaciones entre las personas. Estas relaciones, en miras a la producción, se denominan relaciones de producción (Afanasiev, 1964). “El conjunto de estas relaciones constituye la estructura económica de la sociedad, es decir, la base real sobre la cual se alza una superestructura jurídica y política y a la cual corresponden formas determinadas de la conciencia social” (Marx, 1989, página 7). Sobre la base, llamada también infraestructura, se establece la superestructura es decir todas aquellas opiniones filosóficas, jurídicas, religiosas junto con todas aquellas relaciones, instituciones y organizaciones que se forman en base a las mismas (Afanasiev, 1964).

Desde el marxismo, la organización de la actividad económica es la base sobre la cual se erigen todos los demás aspectos de la sociedad. Si uno de esos aspectos de la sociedad es la problemática de la gran cantidad de gente sin un hogar, es el sistema económico lo que hay que observar si se busca la plena efectivización de los mismos.

4.3. John Locke

John Locke, filósofo inglés, considerado padre del liberalismo moderno, propone la siguiente teoría: los hombres (como dueños de sí mismos, propietarios de su persona y de sus acciones o trabajo) ni bien nacen, tienen derecho a su preservación y esa es una razón natural. Para esto, Dios, les otorgó tierra y cuanto en ella se encuentre, para el sustento y satisfacción de sus necesidades. Lo otorgado es común (es decir de todos); Es el trabajo (el esfuerzo de la persona) que toma ese elemento común y lo convierte en propiedad de quien realizara tal esfuerzo (Locke, 2009).

Esta toma de propiedad por una persona de lo común no necesita el consentimiento de la comunidad, ya que “aunque el agua que en la fuente mana pueda ser de todos ¿quién duda que el jarro es solo del que la fue a sacar?” (Locke, 2009, página 24), en otras palabras hay un trabajo de la persona que remueve del común estado de la naturaleza a ese objeto (elemento) y lo convierte en propiedad de quien realiza el esfuerzo. Dios, en el momento que da el mundo en común a todos los hombres, también mando al hombre a trabajar y a mejorar la tierra para el bien de la vida. El hombre al trabajar la tierra, une a ella algo que es de propiedad suya (su trabajo – su esfuerzo), a que no tenía derecho ningún otro. Es por esto que adquiere su propiedad (Locke, 2009).

Locke escribe su libro en 1690 en un contexto donde el feudalismo era el sistema de organización política que reinaba en ese entonces y donde nadie era propietario de nada, ya que los señores feudales eran dueño de todo. Es aquí donde aparece Locke y con su teoría propone que las personas a través del fruto de su trabajo adquieran la propiedad de tierras. Es por esto que Locke introduce un pensamiento totalmente revolucionario para la época proponiendo un sistema para que las personas sean propietarias del producto de su trabajo.

Ante un problema social, como es la pobreza y la desigualdad generada por el hecho de que solo pocas personas eran dueñas de todo, Locke recurre a un elemento, integrante del sistema económico, como es el trabajo, en pos de su solución. Actualmente, 400 años después, ante un problema social similar, como es la cantidad de personas sin un hogar, la inobservancia del sistema económico carece de toda lógica.

CAPÍTULO V

El control judicial

5.1. La Teoría de los Tres Paradigmas.

El término control judicial o control jurisdiccional, se refiere a la labor de los jueces consistente en determinar si las medidas tomadas por los poderes públicos son o no contrarias a lo dispuesto por la Constitución Nacional.

La estructura que los jueces deberán considerar a la hora de pronunciarse sobre cuestiones relativas a los DESC está basada en la creación de tres paradigmas, cada uno con características particulares. El paradigma del abuso, de la inclusión, y de la escasez (Grosman, 2008). Un paradigma puede ser definido como el esquema central que sirve como modelo para que los jueces resuelvan todas aquellas cuestiones donde se exija el cumplimiento de DESC. Entonces, ante un eventual reclamo por la exigencia de algún DESC, lo primero que deberán hacer los jueces es determinar en qué paradigma encuadra el caso en concreto, para luego realizar su pronunciamiento en base a esto.

En el paradigma del abuso recaen todas aquellas cuestiones vinculadas con las precondiciones. Las precondiciones de la existencia del Estado, no son requisitos para la conformación del Estado, sino los riesgos que se generan por la mera existencia del Estado, los cuales desaparecerían si este también lo hace. Los jueces, en este caso, deben impedir que el Estado menoscabe los derechos de las personas a través de su propio actuar. Un ejemplo es la tortura estatal (Grosman, 2008).

Dentro de este paradigma el factor escasez es irrelevante, ya que el Estado no puede invocarlo para fundar el por qué ha actuado en abuso de sus derechos, ya que su mera ausencia es suficiente para evitar el perjuicio (Grosman, 2008).

La existencia de un Estado, está justificada por la provisión de una serie de servicios que no se podrían obtener de otra manera o no con la misma eficiencia. Los servicios que presta el Estado en miras de la satisfacción de las necesidades de las personas se denominan Funciones de Estado. Los derechos son la herramienta jurídica que protege estas necesidades. La idea de las funciones de Estado será clave para determinar el segundo y tercer paradigma (Grosman, 2008).

En el segundo paradigma, Paradigma de la Inclusión, recaen todas aquellas cuestiones vinculadas con Funciones de Estado, para las cuales se ha creado una estructura con recursos suficientes para la efectivización de las mismas. El deber de los jueces dentro de este paradigma es impedir que el Estado omita discriminadamente a alguna persona fuera de esta estructura ya creada. Es una cuestión objetiva, ya que basta que la estructura estatal tenga capacidad suficiente y que se omita a un individuo dejándolo fuera de la estructura protectora para que el Estado sea responsable. La escasez tampoco puede ser invocada como defensa ante un eventual reclamo, ya que aunque la tarea en cuestión tenga costos elevadísimos, la estructura ya está preparada y es por esto que los tribunales pueden olvidarse de los recursos a la hora de tomar la decisión (Grosman, 2008).

El tercer y último paradigma, Paradigma de la Escasez, también hace referencia a las Funciones de Estado pero en este caso, la estructura estatal es insuficiente para la satisfacción de aquellas necesidades. De esta manera se obliga a los jueces, ante un eventual reclamo, a determinar si las decisiones distributivas de estos recursos escasos, fue realizada conforme o no a lo prescripto en la Constitución Nacional, más precisamente, al derecho a la igualdad. Este paradigma es el más relevante para este trabajo. El mismo no es autosuficiente ya que requiere de valores constitucionales que lo doten de contenido (Grosman, 2008).

“El derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados derechos sociales que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad”

(Tribunal Superior de Justicia de CABA, Toloza Estela Carmen c/ GCBA, Ruiz Alicia E. C., consid. 5, 2006)

El artículo 16 de la Constitución Nacional:

Establece que la igualdad es la base de los impuestos y las cargas públicas. También debe ser, entonces, la base de los beneficios públicos, ya que estos no son sino el reverso de las cargas públicas: al asignar recursos escasos, proveer un beneficio social a una persona implica imponer a otra la carga pública de no recibirlos (Grosman, 2008, página 65).

Para determinar si un caso en concreto encuadra dentro del paradigma de inclusión o de la escasez, debe atenderse al presupuesto de la agencia en cuestión, para lo cual es fundamental la observación de la Ley de Presupuesto. Además:

Los tribunales deben analizar la escasez presupuestaria desde un punto de vista dinámico, no estático. La cuestión que hay que dilucidar es si todos los individuos que probablemente lleguen a necesitar el beneficio social en cuestión podrán obtenerlo, no si esos recursos están disponibles para satisfacer las necesidades del individuo en particular que entabló su demanda antes de que los recursos se agotaran (Grosman, 2008, página 54).

La asignación de recursos para un determinado fin significa la privación de los mismos en otro ámbito, también necesitado de esos recursos. Analizar la escasez presupuestaria de forma dinámica evita que el criterio de distribución sea el orden de llegada (Grosman, 2008). Brindarles a los jueces las correspondientes herramientas procesales y toda aquella información necesaria es una cuestión fundamental para que los mismos puedan desempeñar su trabajo de manera eficiente.

El primer paradigma no es parte de nuestro objeto de investigación, ya que los DESC están relacionados (principalmente) con la exigencia de un actuar positivo del Estado en pos de la efectivización de los mismos, mientras que este paradigma incluye aquellas cuestiones donde el actuar del Estado va en desmedro de los derechos de las personas. El segundo paradigma no presentaría problema, ya que ante una eventual demanda, si la estructura estatal para brindarlo existe, es cuestión de que el juez compele al

Poder Ejecutivo a cumplir con el mismo. El problema y la mayor atención se deben prestar sobre el tercer paradigma, ya que implica el eventual reclamo por un derecho y la carencia de recursos para satisfacerlos.

5.2. La Igualdad

Los derechos individuales son mecanismos mediante los cuales la sociedad promueve sus ideales más preciados, como la libertad, el progreso económico, la democracia, o la igualdad. La promoción de estos ideales sociales es lo que justifica, desde el punto de vista social, que se reconozcan derechos y se financien con fondos públicos los mecanismos necesarios para tutelarlos (Grosman, 2008, página 66).

Si bien, una vez que el derecho es consagrado como tal en una norma jurídica, estos ideales constitucionales pasan a un segundo plano, algunos derechos, como el derecho a la igualdad, necesitan de los mismos para dotarlos de contenido ¿Cuál es el contenido preciso de este derecho? (Grosman, 2008)

Para determinar el contenido del derecho a la igualdad, primero hay que identificar el ideal que gobierna el caso. Los factores importantes a tener en cuenta son: por un lado la importancia del ideal determinado por cada sociedad (la misma difiere de sociedad en sociedad) y por el otro la funcionalidad potencial, es decir el grado de posibilidad que tiene ese ideal social de tener injerencia efectiva para la determinación del contenido del derecho a la igualdad en un caso determinado (Grosman, 2008).

Los artículos 37, 75 inc. 2, 75 inc. 19 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional hacen referencia a un ideal social en particular, la igualdad real de oportunidades. El ideal igualdad real de oportunidades, es en realidad, igualdad estructural de oportunidades ya que es la estructura social, la que impacta de manera directa en la habilidad competitiva de las personas generando desigualdad (Grosman, 2008).

Los procesos sociales por los cuales se definen las posibilidades que tienen las personas de vivir una vida plena están basados en la competencia entre los miembros de la

sociedad. Si la habilidad para competir será aquel factor que determine cuán plena será la vida de la persona, se debe estar atento a equilibrar el impacto que las diferentes contingencias sociales, pueden producir sobre la capacidad competitiva de las personas. Se deberá modificar la estructura social. La igualdad estructural de oportunidades apunta a esto.

La competencia es un mecanismo importante de distribución de recursos económicos. Ella crea incentivos para que los individuos canalicen sus habilidades hacia actividades que otras personas valoran y está dispuestas a remunerar. En este sentido, la competencia implica que la retribución que obtenemos por nuestro trabajo sea sensible al impacto que ese trabajo tiene en los demás. Esta es una razón de peso para estar a favor de la competencia. La igualdad estructural de oportunidades, en vez de rechazar la competencia, aspira a que ella se desarrolle en condiciones genuinamente igualitarias (Grosman, 2008, página 87).

5.3. Diálogo

Si los jueces, en un caso en concreto, determinan que las decisiones distributivas fueron adoptadas en violación al derecho a la igualdad y por lo tanto deben exigir al Estado la efectivización del mismo ¿Cómo deben proceder?

En primer lugar es importante aclarar que en estos casos se debe presionar al estado “tanto como sea razonable exigir en las circunstancias del caso” (Grosman, 2008, p. 140). Para determinar si una determinada exigencia es razonable o no, se debe observar la gravedad de la afectación de la igualdad y la cantidad de recursos requeridos (Grosman, 2008).

La teoría propone que el Tribunal, para esto, debe encontrar un equilibrio entre, el rol activo que debe tener un juez dentro del proceso, y que dicha decisión no se transforme en letra muerta. Para esto se propone un diálogo entre el Poder Judicial y el resto de los poderes.

No debe entenderse que la intención es que los poderes políticos interpreten el significado de la igualdad estructural de oportunidades en el caso en concreto, ya que esta es tarea de los jueces, sino que los jueces pueden establecer los parámetros dentro de los cuales deben tomarse las decisiones en base a una interpretación propia sobre la igualdad estructural de oportunidades en el caso en concreto, dejándole espacio a los poderes políticos para que tomen las medidas correspondientes (Grosman, 2008). El tribunal puede dar un paso y esperar la reacción del Estado, así muchas veces rediseñando el camino cada vez hasta alcanzar el objetivo. El camino para la efectivización plena de estos derechos es la cooperación, coordinación y el dialogo.

5.4. La idoneidad del Poder Judicial

En el segundo capítulo, al hablar de aquellas posturas en contra de la exigibilidad del derecho a la vivienda adecuada, se mencionó como uno de los argumentos utilizados por aquellos que sostienen esta postura, que el Poder Judicial carece de idoneidad para el diseño de políticas públicas. Tres cuestiones argumentan esta postura: incompatibilidad con la Ley de Presupuesto, problemas policéntricos (me remito al capítulo segundo para su conceptualización) y que se violaría la división de poderes.

Una vez explicada la teoría de los paradigmas, resulta sencilla la demostración de la improcedencia de dichos argumentos. Una intervención del Poder Judicial en cuestiones relativas a la exigibilidad de los DESC, no es incompatible con la Ley de Presupuesto ya que, si la cuestión encuadra dentro del paradigma de la inclusión, la decisión simplemente estaría efectivizando una cuestión ya contemplada por la misma ley, y si la cuestión se ubica dentro del paradigma de la escasez, los jueces deben establecer los parámetros sobre los cuales el Estado decida la medida a adoptar. Como se puede apreciar, las decisiones distributivas seguirían en manos de los poderes políticos (Grosman, 2008).

Lo mismo ocurre con los problemas policéntricos ya que al ser el Estado, el que al final decida cuáles serán las medidas a adoptar, en pos de la efectivización del derecho en cuestión, esta necesidad de ampliar los conocimientos de los jueces no resultaría tan

relevante. Igualmente es necesario ampliar, mediante herramientas procesales, el conocimiento de los jueces en este tipo de cuestiones, ya que los ayudará a establecer de una manera más eficiente, los parámetros dentro de los cuales deben tomarse las medidas por parte de los poderes políticos. También les brindará una mayor capacidad para encuadrar los casos dentro del paradigma correspondiente como ya se mencionó anteriormente.

Por último, la división de poderes claramente no estaría siendo violada ya que el Poder Judicial controlaría que las decisiones distributivas por parte de los poderes políticos sean compatibles con lo prescripto por la Constitución Nacional, dejando la adopción de las decisiones sobre políticas públicas en manos del Poder Ejecutivo y Poder Legislativo. Claramente cada poder estaría desarrollando las tareas propias que la Constitución le reservó para cada uno, dejando a salvo el sistema de división de poderes.

La escasez presupuestaria no deja los derechos sociales en un limbo, sino que obliga a los tribunales a recurrir a un paradigma que permita discernir en qué casos una carencia social determinada constituye una violación constitucional que los tribunales deben tratar de remediar (Grosman, 2008, p. 60).

CONCLUSION

Es el contexto de pobreza que enfrenta actualmente mi país, el cual deja altísimas cifras de personas sin un hogar, junto con la poca legislación a nivel nacional que reglamente la materia y una ausencia clara de una dogmática, que generaron en mí la necesidad de hacer un aporte de claridad a esta problemática social.

El derecho a la vivienda digna es un DESC novedoso. Diferentes cuestiones políticas, sociales y económicas ubican a este derecho en el centro de atención. El problema se resume de la siguiente manera: si estos derechos están amparados por la C.N. y diversos Tratados Internacionales, toda aquella gente que actualmente carezca de una vivienda, ¿Puede exigir ante un juez el cese de su situación de vulnerabilidad?

Un arduo trabajo de investigación y análisis sobre doctrina, legislación y jurisprudencia permitieron afirmar que el derecho a una vivienda digna es un derecho pleno y por lo tanto exigible.

Es lógico entender que amén de que los titulares de este derechos son todos (universalidad), cuestiones complementarias deben existir para que la causa prospere y se obtenga una sentencia favorable. Dichas circunstancias complementarias son: el estado de urgencia de la persona que le ocasiona un daño a la misma y la imposibilidad de resolverlo por sus propios medios (Rivadeneira, 2012).

El estado de urgencia se refiere a que la persona debe carecer de una vivienda adecuada y al mismo tiempo, este hecho le tiene que producir un daño, para que la misma pueda demandar al Estado por su situación. Esto es en relación, a que si una persona ya posee una vivienda adecuada, no sería lógico que la misma pueda demandar al Estado el cumplimiento de un derecho que no estaría siendo violado.

La segunda circunstancia exige que el individuo esté colocado en una situación donde no posea medios financieros o, presente problemas psicofísicos significativos que provoquen la imposibilidad de alcanzar una vivienda adecuada por sus propios medios, siendo necesaria de esta manera la intervención del Estado. Esto se denomina principio de

subsidiariedad. No sería correcto si, teniendo la persona en cuestión los recursos necesarios para garantizarse el derecho en cuestión, el Estado le otorgara el dinero para esto habiendo tantas personas con necesidades (Rivadeneira, 2012).

La tranquilidad y pasividad de la sociedad moderna ante esta triste realidad es algo que verdaderamente preocupa. El hecho de que se reconocieran leyes tuitivas del derecho a la vivienda digna con rango constitucional, pero al mismo tiempo jamás se dictaran normas que reglamenten y determinen la forma de cumplimiento del mismo, es algo que llamo: la tranquilidad moral de la sociedad. La sociedad sabe la importancia de la vivienda para las personas y por esto lo incluye dentro del ordenamiento, pero jamás determinó como lo efectivizará sabiendo las enormes cantidades de dinero necesarias para este fin, creando una laguna jurídica. La creación de una legislación que reglamente la materia es una cuestión fundamental.

“(…) el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa, necesariamente el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Q. C., S. Y. c/ GCAB, Petracchi Enrique Santiago, consid. 9, 2012).

La efectivización del derecho a una vivienda digna, desde un punto vista fáctico, depende de un sustento económico. Es totalmente erróneo hablar de la efectivización de este derecho sin mencionar la forma en que se obtendrán los recursos para la garantía de este derecho. Para la implementación de cualquier derecho es necesaria una erogación de dinero por parte del Estado. La garantía del derecho al voto no es gratuita, el Estado desembolsa dinero para que las votaciones se lleven adelante. El derecho a la propiedad privada tampoco es gratuita, el Estado desembolsa enormes suma de dinero para captar, entrenar, capacitar y sacar a las calles a los efectivos de las diferentes fuerzas policiales los cuales harán respetar las leyes. Nada es gratis, es solo cuestión de pensar en un derecho y analizar luego como el Estado está relacionado y cuando desembolsa para garantizar el mismo.

Es evidente que las cantidades de dinero necesarias para la garantía de cualquier derecho varían de uno en otro. No son necesarios los mismos recursos para

garantizarle el derecho a la vivienda a una persona, que garantizarle el derecho a la educación o al voto. Sin embargo es indiscutible que para la efectivización de cualquier derecho son necesarias erogaciones de dinero y poner un límite a esto resultaría inconstitucional. Por ejemplo argumentar que todos los derechos cuyo presupuesto necesario sea inferior a \$10000 serán considerados derechos en forma plena y aquellos que superen esta suma serán meras aspiraciones políticas es una cuestión fuera de todo razonamiento.

El factor económico se ubica en el centro de la cuestión, pero no limita la exigibilidad del mismo. Determinar que un derecho es exigible porque es barato su cumplimiento y al mismo tiempo determinar que otro no lo es por lo oneroso que resulta es una cuestión que carece de todo sustento jurídico. Si es un derecho, es exigible y el factor económico no elimina la facultad de la persona de demandar ante su incumplimiento. Pero como se dijo, el sistema económico es clave e interviene en lo relativo a la responsabilidad estatal y la forma en que el Poder Judicial intervendrá. Todos los derechos son exigibles, pero el hecho de que los recursos existentes sean menores e insuficientes en comparación con las necesidades de las personas, hace que el Estado decida y sus decisiones deben ser sujetas al control jurisdiccional.

Las decisiones que adopta el Estado que distribuyen estos recursos escasos se denominan decisiones distributivas. Es evidente que si los recursos son menores a las necesidades siempre una decisión a favor de algo será en perjuicio de otra esfera que también necesita los recursos. El hecho de que los recursos son escasos en comparación con las necesidades es un hecho latente en todo el mundo, no hay ningún país donde no haya al menos un área que no se encuentre en falta con respecto a las necesidades de las personas.

“(…) el PIDESC ha sido redactado de modo tal de reflejar un balance adecuado entre el objetivo de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, y los reales problemas de los Estados para implementarlos” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Q. C., S. Y. c/ GCAB, Santiago Enrique Petracchi, consid. 17, 2012).

Aquellas cuestiones donde los DESC se encuentran en disputa, se caracterizan principalmente por ser áreas donde los recursos son insuficientes. Es por esto que la teoría

de los tres paradigmas y principalmente el paradigma de la escasez viene a llenar un poco esta falta de criterio unificado sobre la materia.

Como todos los derechos son exigibles (ya sean derechos civiles y políticos o DESC), y el derecho a la vivienda digna es un derecho, el mismo es exigible. Al ser considerado como Derecho Humano sus titulares son la universalidad, por lo tanto, todos los seres humanos son titulares solo por poseer la calidad de tal. Toda persona tiene la facultad de reclamar, ante un juez, su efectivización, pero como el ordenamiento jurídico está relacionado con la realidad fáctica del mundo y este derecho requiere de enormes cantidades de dinero, el factor económico debe ser tenido en cuenta.

Muchos derechos y dentro de los mismos el derecho a la vivienda digna tienen rango constitucional y son tutelados por diversos tratados de derechos humanos. Este hecho significa que el poder discrecional de los poderes políticos en la toma de decisiones sobre política pública está limitado por los mismos, ya que estas deben ser compatibles con este grupo de derechos. En resumen: hay decisiones políticas que deben ser tomadas en pos del cumplimiento de un conjunto de derechos claves para la vida del hombre y hay una realidad económica que dice que todos estos derechos no van a poder ser efectivizados.

Al ser exigible, el Poder Judicial debe intervenir ante la vulneración del derecho a la vivienda digna, pero los parámetros en que procederán los jueces dependerán del paradigma en que se encuadre el caso en particular. Si la estructura estatal preparada cuenta con los recursos suficientes para efectivizar el derecho a todos aquellos que eventualmente lo soliciten, estaremos ante el paradigma de la inclusión y los jueces, si la exigencia es fundada, solo deben determinar que el Estado los incluya. La estructura estatal ya está preparada.

Por otro lado, si esta estructura es insuficiente, el juez debe determinar si las decisiones distribuidas adoptadas son compatibles con el derecho a la igualdad. Es ilógico que el juez, en estas situaciones, compele a los poderes públicos a otorgar ciertas cantidades de dinero para el cumplimiento del derecho vulnerado en el caso en concreto, ya que primero, esta asignación de recursos deberá salir de otros fondos ya dispuestos para otras áreas determinada por el poder legislativo resultando un perjuicio para las mismas, y

segundo, el hecho vulneraría a la división de poderes, ya que las decisiones políticas adoptadas por el Poder Judicial atentarían contra la Ley de Presupuesto, siendo algo inconstitucional.

La teoría de los tres paradigmas entra en escena para brindarles a los jueces los parámetros sobre los cuales se deben pronunciar. De esta manera se logra armonizar aún más el funcionamiento de la justicia en pos de una sociedad más justa y equitativa.

Ya cumplidos todos los objetivos propuestos y respondidas todas aquellas preguntas planteadas desde el principio, se quiere cerrar este trabajo con una reflexión. Luego de toda la investigación realizada durante el desarrollo del trabajo y las horas dedicadas me permito afirmar que la única manera en que el derecho a la vivienda digna se efectivice de manera plena y en su intento no se descuiden el resto de los derechos es con la promoción del trabajo.

La única forma que tiene Argentina de convertirse en un Estado desarrollado donde todos los derechos sean garantizados de forma plena es si se logra crear un sistema económico fuerte y sustentable basado en el trabajo como pilar. Como diría Karl Marx el trabajo es capital acumulado. Para que una sociedad pueda progresar se necesita capital, es decir un sistema económico que lo permita, y el trabajo de las personas, es lo único que lo permitirá. Si las personas no trabajan, no habrá capital alguno que solvete todas aquellas políticas económicas que se quieran implementar y las personas verán vulnerados sus derechos al no poder garantizarlos por sí mismos (al no trabajar), ni por el Estado por una carencia de capital para brindarlo en su totalidad.

Aquel Estado que ignore que para el desarrollo de un Estado cada vez más personas deben trabajar, está destinado al fracaso. No es rentable un Estado basado en la prestación social, no porque la prestación social sea algo que no deba existir, sino porque son medidas temporarias que no resuelven el problema, ya que siempre serán insuficientes.

El Estado debe crear las condiciones necesarias para que el hombre, por medio de su fuerza de trabajo, obtenga los recursos necesarios y satisfaga sus derechos así mismo, teniendo el Estado un papel secundario. Como se dijo antes el Estado interviene por

ejemplo para hacer respetar la igualdad estructural de oportunidades, y que la competencia sea verdaderamente justa.

El hecho de que el Estado sólo sea un obligado secundario responde a la primacía del ser humano sobre la estructura social y a la primacía de la sociedad civil frente al Estado. Ni la una ni el otro deben pretender sustituir a la persona en el esfuerzo por desarrollarse autónomamente. En especial, el Estado sólo debe intervenir cuando la capacidad de actuar por parte del individuo se agota o se torna inadecuada ante una situación concreta (Rivadeneira, 2012, página. 159).

Son entendibles todos los inconvenientes que presenta esta idea que viene a resultar una especie de utopía, un mundo donde todos tengan trabajo es algo difícil de lograr, pero entiendo que si la sociedad pretende establecer objetivos, la promoción del trabajo es una cuestión fundamental.

ANEXO

CUESTIONES COMPLEMENTARIAS

Introducción.

En una temática tan amplia y compleja como es el análisis sobre la exigibilidad del derecho a la vivienda digna, siempre hay cuestiones complementarias que hacen necesario un breve comentario con el objeto de cubrir todo el tema de investigación. La Inembargabilidad de la vivienda única, la Inembargabilidad de un inmueble registrado como bien de familia y la posesión de tierras por tiempo inmemorial, son aquellas cuestiones que ayudan a profundizar la investigación realizada en este trabajo. Estas temáticas serán analizadas dentro del ordenamiento jurídico de la Provincia de Córdoba.

1.1. Inembargabilidad de la vivienda única y régimen de bien de familia. Provincia de Córdoba.

Tanto la Inembargabilidad de la vivienda única como la Inembargabilidad de un bien de familia son dos instituciones que tienen como objeto la protección del inmueble familiar considerándolo como derecho humano fundamental. El amparo patrimonial de la familia impidiendo la ejecución o embargo del inmueble, en razón de eventuales deudas contraídas por el titular, es el fin de ambos institutos.

Aunque su objetivo sea el mismo, dos cuestiones se pueden diferenciar entre ambos institutos. El ámbito de aplicación: mientras el régimen de bien de familia tiene alcance nacional (ley 14394), el régimen de Inembargabilidad de vivienda única tiene alcance local, ya que no todas las provincias las contemplan siendo la Provincia de Córdoba y la Provincia de Buenos Aires algunas de ellas.

Además de esto, en el régimen de bien de familia es necesaria una inscripción previa para que el inmueble en cuestión sea inembargable e inejecutable (ley 14394 art. 35), en cambio en el régimen de Inembargabilidad de la vivienda única este efecto es automático. Ley 8067, art. 1: Considérese automáticamente inscrita de pleno derecho

como bien de familia a partir de la vigencia de esta Ley, a los fines previstos en el artículo 58 de la Constitución Provincial, la vivienda única que cumpla con los requisitos establecidos en la Ley Nacional N° 14394 y en la Ley Provincial N° 6074.

El régimen de bien de familia en la Provincia de Córdoba es contemplado por la ley 6074 y su validez constitucional no está en discusión, en contraposición con la situación en que se encuentran tanto el art 58 in fine de la Constitución de la Provincia de Córdoba como la Ley 8067.

La Inembargabilidad de la vivienda única está contemplada en el art. 58 de la Constitución de la Provincia de Córdoba: Todos los habitantes tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, la que, junto a los servicios con ella conexos y la tierra necesaria para su asentamiento, tiene un valor social fundamental. La vivienda única es inembargable, en las condiciones que fija la ley (...)

La ley que reglamenta la Inembargabilidad de la vivienda única es la Ley 8067 (1991) de la Provincia de Córdoba, modificada por la ley 8998 (2002). La constitucionalidad de la normativa sub examine ha sido el centro de muchos debates en el último tiempo.

La Inembargabilidad es un instituto contemplado por el ordenamiento jurídico con un fin tuitivo sobre un bien, en este caso, el bien inmueble donde vive una familia de manera permanente. El bien en cuestión es dotado de una calidad que impide la afectación del mismo, al pago de deudas a favor de los acreedores.

El núcleo de debate se centra en determinar si una Provincia puede dictar legislación sobre materia civil como son las relaciones entre acreedores y deudores. Limitar el caudal de bienes sobre los cuales los acreedores pueden cobrarse deudas (inembargabilidad), es competencia del Congreso de la Nación. El art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional dispone que es competencia del Congreso de la Nación el dictado de la normativa de fondo como en materia civil.

El art. 5 de la Constitución Nacional dispone: Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional. Si el art. 75 inc. 12 determina que las cuestiones en materia civil como son las relaciones entre acreedores y deudores es reservada por las provincias a la Nación, cualquier normativa provincial sobre la materia resulta inconstitucionalidad.

Con respecto al Congreso de la Nación: (...) “es materia propia de éste determinar que bienes del deudor están sujetos al poder de agresión patrimonial del acreedor – y cuales, en cambio, no lo están-“(Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Asociación Mutual y Social del Club Atlético y Filodramático Alicia C/ Ramón Manuel Darriba, Voto Battistelli y Tarditti, consid.4.5, 2012)

(...) la facultad de reglamentar los efectos de las obligaciones en el patrimonio del deudor comprendida en el poder de dictar los códigos (...) autoriza al Congreso para eximir de la ejecución y del embargo determinados bienes indispensables para la vida del deudor y de su familia (...) (Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Asociación Mutual y Social del Club Atlético y Filodramático Alicia C/ Ramón Manuel Darriba, Voto Battistelli y Tarditti, consid.5.4., 2012)

Es por esto que si bien, siempre es necesaria legislación que resguarde el derecho a la vivienda, la legislación sub examine es inconstitucional, ya es materia delegada por las provincias a la Nación y su dictado por parte de las provincias viola el orden jerárquico establecido por la art. 31 C.N. No quiere decir que la ley no tenga fines nobles, ni que legislación en esta materia no sea necesaria, simplemente que la provincia no escogió bien el camino hacia la obtención de su objetivo, que fue la garantización del derecho a la vivienda.

“(...) declarándose la inconstitucionalidad del art. 58, in fine, de la Constitución de la Provincia de Córdoba y de la ley reglamentaria 8067 (modificada por ley 8998)” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Romero, Carlos Ernesto c/ Andrés Fabián Lema, 2009).

El régimen de bien de familia contemplado en la Ley 6074 no recibe cuestionamientos sobre su constitucionalidad ya que dicha normativa solo reproduce lo dispuesto por la Ley Nacional 14394 (Régimen de los menores y de la familia) sin ampliar ni menoscabar su contenido. Si bien la sanción de leyes en esta materia sigue siendo competencia del Congreso Nacional, su constitucionalidad nunca fue puesta en duda ya que su contenido no difiere de la 14394. En cambio la ley 8067 amplía lo dispuesto por dicha normativa nacional lo que la puso en el centro de atención y es por esto que su inconstitucionalidad fue dictaminada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

“Si el objeto de protección coincide, entonces la consecuencia de la exclusión del bien como garantía para los acreedores, no ha sido exclusiva consecuencia de la cláusula constitucional local y sus leyes reglamentarias, sino de las disposiciones de la legislación nacional” (Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Asociación Mutual y Social del Club Atlético y Filodramático Alicia C/ Ramón Manuel Darriba, Voto Battistelli y Tarditti, consid.4.6, 2012).

1.2. Posesión de tierras por tiempo inmemorial.

La importancia y el respeto que las comunidades indígenas merecen dentro de nuestra sociedad ha sido, en este último tiempo, objeto de una concientización colectiva. La sociedad toma conciencia acerca de esta situación y ese pensamiento es plasmado en normas y fallos. Si bien la legislación en esta materia no es abundante y actualmente muchos de los derechos de pueblos originarios son vulnerados constantemente, la reforma de 1994 junto con jurisprudencia nos acercan a un poco más al objetivo principal: la efectivización plena de los derechos de los pueblos originarios.

El derecho de las comunidades indígenas está reconocido en el art 75 inc. 17 de la Constitución Nacional: Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular

la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

La norma constitucional otorga a las comunidades indígenas el derecho de propiedad de aquellas tierras que tradicionalmente ocupan. Aunque dicha ocupación haya carecido del elemento *animus domini*, el hecho de que fuese por un tiempo muy extenso (*inmemorial*) hace nacer el título de dominio para las mismas (Sagüés, 1997)

Qué étnica y culturalmente hayan preexistido los pueblos indígenas implica que, negativamente, es inviable desconocer o contrariar la herencia que hoy se acumula en sus comunidades y en nuestra sociedad toda; positivamente, quiere decir que hay que promoverla. El congreso tiene el deber de no tornarla inocua y de conferirle desarrollo en cuanto ámbito resulta posible (Bidart Campos, 2008, página 293).

Argentina, en el año 2000, ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Es un instrumento jurídico internacional vinculante que trata sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales. En su art 14 dispone: Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. El art 13 de dicho Convenio dispone: Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. 2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

La Ley Nacional 26160 también aparece como una carta tuitiva de los derechos de los pueblos indígenas garantizando el derecho de propiedad y posesión en las tierras que tradicionalmente fueron ocupadas por estas comunidades. Los arts. 25 y 28 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas vienen a

ampliar esta valla protectora contra aquellas cuestiones que vulneren los derechos de estas comunidades.

Múltiples debates se han llevado a cabo con respecto a la enorme cantidad de desalojos sufridos por estas comunidades en el último tiempo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha realizado un fallo que cambia el contexto, de forma tal que aparece para solucionar todas aquellas cuestiones que puedan surgir con respecto a la temática, velando por la consolidación de un Estado multicultural que respeta el derecho de los pueblos indígenas.

El caso caratulado Martínez Pérez, José Luis c/ Palma, Américo y otros resuelto por la CSJN consolida con fundamentos el derecho de los pueblos indígenas a aquellas tierras que fueron ocupadas tradicionalmente por los mismos y a las cuales están unidos de manera espiritual sin importar si, en el presente, las ocupan. La historia muestra los injustos desalojos que sufrieron las diferentes comunidades a lo largo del tiempo, y si actualmente no ocupan esas tierras, es por una cuestión ajena a su voluntad, lo cuál no implica que carezcan de un lazo material y simbólico con las mismas.

. El fallo sub examine utiliza el dictamen de la Procuradora General de la Nación la cuál fundamenta su postura con las normas citadas supra para reafirmar el derecho de estas comunidades a la propiedad de aquellas tierras que tradicionalmente ocuparon.

LISTADO FINAL DE BIBLIOGRAFÍA.

Legislación

- Código Civil.
- Constitución de la Provincia de Córdoba.
- Constitución Nacional.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
- Convención sobre Derechos del Niño.
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948.
- Ley de la Provincia de Córdoba 8067.
- Observaciones Generales del Comité de DESC.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Principios de Limburgo.
- Principios de Maastricht (1997 – 2011).

Doctrina

- Abramovich V. y Courtis C. (2004). *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*. (2° Ed.) Madrid, España, Ed: Trotta.
- Afanasiev, Victor, (1964), *Manual de Filosofía*, Ed: Estudio, Buenos Aires.
- Bidart Campos (2008), *Compendio de Derecho Constitucional*, Ed: Ediar, Buenos Aires.
- Cortina Adela, (2008), *Ética de la empresa*, (8° Edición), Madrid, Ed: Trotta.
- Ekmekdjian, M. A. (1991), *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ed: Depalma.

- Grosman Lucas S., (2008), *Escasez e Igualdad*, Buenos Aires, Ed: Librería.
- Locke J. (2009). *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*. Buenos Aires, Ed. Libertador.
- Marx, Karl, (1989), *Contribución a la crítica de la economía política*, Ed: Progreso
- Mill John Stuart, (2012) *El Utilitarismo*, (4° Reimpresión), Madrid, Ed: Alianza.
- Rivadeneira R. A. (2012), *El concepto d derechos sociales fundamentales* (2° Ed.) Colombia. Ed. Legis.
- Rodríguez Rogelio Moreno, (2003), *Diccionario de Ciencias Sociales*, Buenos Aires. Ed. Editora.
- Sagüés N. P. (1997), *Elementos de Derecho Constitucional Tomo 1 y 2*. Buenos Aires, Ed: Astrea.

Jurisprudencia

- Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Alba Quintana Pablo c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (2010).
- Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Tolosa Estela Carmen c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” (2006).
- Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, “Asociación Mutual y Social del Club Atlético y Filodramático Alicia C/ Ramón Manuel Darriba “, (2012)
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”, (2004).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Romero, Carlos Ernesto c/ Andrés Fabián Lema”, (2009).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación., “Q. C, S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, (2012).

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Federico Nahuel Pitarch
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	37931558
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	federicopitarch@hotmail.com.ar
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	Capital Federal, 03 de Marzo de 2016, Federico Nahuel Pitarch.

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<p>Texto completo de la Tesis</p> <p><i>(Marcar SI/NO)^[1]</i></p>	<p>SI</p>
<p>Publicación parcial</p> <p><i>(Informar que capítulos se publicarán)</i></p>	<p>-</p>

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica: _____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.
