

LOS DESALOJOS FORZOSOS EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES: LOS DERECHOS HUMANOS AFECTADOS Y EL ROL DEL PODER JUDICIAL.

Autor: Gonzalo Andrés López*
(gonzaloandreslopez@gmail.com)

1. Introducción.

El objetivo del presente trabajo es el de proponer que, previa a toda decisión relacionada con una orden de desalojo, el juez en lo penal, como representante del Estado, debe considerar todas las cuestiones de derechos humanos involucrados en el caso.

Advierto que, si bien considero que el artículo 335 *in fine* del C.P.P.C.A.B.A. atenta contra varios derechos fundamentales relacionados con las garantías constitucionales de los imputados sometidos a un proceso penal, ello no será analizado en tanto no es objeto de esta presentación.

Para lograr el fin mencionado abordaré, en primer lugar, los siguientes temas: el delito de usurpación; el proceso de desalojo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; la realidad social de los imputados en este tipo de procesos.

Luego, me referiré a los derechos humanos, en general, y a los derechos económicos, sociales y culturales, en particular.

Así, explicaré la protección dada al derecho a la vivienda adecuada y demostraré como el procedimiento de desalojo forzoso anticipado (descrito en el art. 335 *in fine* del C.P.P.C.A.B.A.) se encuentra repudiado en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Sin duda, entiendo que el poder judicial juega un rol decisivo. Por ello, manifestaré que una decisión judicial que ignore los derechos humanos involucrados representa una violación a la obligación de progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos

* Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (U.B.A.). Oficial de la Defensoría en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 4 de la C.A.B.A. Ayudante de segunda concursado por la materia Teoría General del Derecho en la cátedra del Dr. Ricardo Guibourg comisión a cargo de la Dra. Diana Cañal (U.B.A.). Colaborador en la materia Fundamentos de los Derechos Humanos en la cátedra del Dr. Héctor Negri (U.B.A.).

económicos, sociales y culturales, obligación que, a su vez, exige a los magistrados un control de razonabilidad agravado de cualquier medida adoptada por el Estado.

Por ello, estimo fundamental el rol del poder judicial local, a fin de evaluar las distintas responsabilidades estatales, en casos en los que estén involucradas personas con el derecho humano a la vivienda adecuada insatisfecho.

2. El delito de usurpación.

El delito de usurpación se encuentra tipificado en el artículo 181 del Código Penal (Artículo sustituido por el art. 2° de la Ley N° 24.454 B.O. 7/3/1995), en el Título VI del Segundo Libro, dedicado a los delitos contra la propiedad, donde se establece: *“Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1° el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes; 2° el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo; 3° el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.”*

De este modo, el texto citado establece tres acciones delictivas: el despojo; la turbación de la posesión; y la destrucción o alteración de términos o límites¹.

Vale aclarar que en la gran mayoría de las causas por usurpaciones que ingresaron a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, desde el segundo convenio de transferencias, se investigaron casos de despojo, tipificado en el inciso 1° del art. 181 del C.P.²

¹ Cfr. Donna, Edgardo, Delitos contra la propiedad, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 815.

² Según surge del sistema informático interno del Poder Judicial C.A.B.A., “Juscaba”, desde el 9 de junio de 2008 al 31 de diciembre de 2010, por despojo ingresaron aproximadamente 2492 casos, por turbación de la posesión aproximadamente 22 casos y por destrucción o alteración de términos o límites aproximadamente 218 casos. Información extraída del sitio web <http://juscaba.jusbaires.gov.ar/>. Visto por última vez del 30/03/2011.

Es de remarcar que el bien jurídico protegido en las tres acciones descriptas es la propiedad de un bien inmueble. Por consiguiente, debemos partir de la base que, el delito reprimido por el artículo 181 del Código Penal tiene por objeto la tutela de un derecho patrimonial, no de uno fundamental³.

3. El proceso de desalojo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Transferencia de delitos de la justicia nacional. Artículo 335 *in fine* del Código Procesal Penal. Resoluciones de la Fiscalía General, de la Defensoría General y de la Asesoría General Tutelar. El acuerdo N° 4 de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la C.A.B.A.

El delito de usurpación se encuentra bajo jurisdicción del fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la C.A.B.A. desde mediados del año 2008, en virtud del Segundo Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴.

Antes de ello, mediante la Ley local N° 2303 se sancionó el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.⁵ Este cuerpo legal, en su artículo 335 *in fine*, establece: “(...) *En los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de elevación a juicio, el/la Fiscal o el/la jueza, a pedido del damnificado, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuera verosímil. Se podrá fijar una caución si se lo considerare necesario.*”⁶

³ Gil Domínguez, Andrés, *Derecho a la vivienda adecuada, desalojo forzoso y competencia penal.*, La Ley Revista Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Año 4, Número 11, p.3.

⁴ Por disposición de la Ley nacional N° 26.357 (Sanción: 28/02/2008. Promulgación: 28/03/2008. Publicación B.O. 31/03/2008) y de la Ley local N° 2.257 (Sanción: 14/12/2006. Promulgación: 16/01/2007. Publicación B.O.C.A.B.A.: 22/01/2007).

⁵ Ley local N° 2.303 (Sanción: 29/03/2007. Promulgación: 30/04/2007. Publicación B.O.C.A.B.A.: 08/05/2007).

⁶ Esta norma tiene se asemeja en su contenido al art. 238 bis del C.P.P.N, que establece: “*En las causas por infracción al artículo 181 del Código Penal, en cualquier estado del proceso y aun sin dictado de auto de procesamiento, el juez, a pedido del damnificado, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado por el damnificado fuere verosímil. El juez, podrá fijar una caución si lo considerare necesario.*”

En virtud del procedimiento descrito en este artículo, se han dictado la Resolución FG 121/08⁷, la Resolución DG 104/09⁸, la Resolución conjunta DG 210/09 y AGT 172/09⁹, la Resolución FG 382/10¹⁰, la Resolución DG 155/10¹¹ y el Acuerdo de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas 4/09¹².

Luego, la Resolución de la Fiscalía General de la C.A.B.A. N° 121/08 estableció que, en los supuestos en que se proceda de conformidad con lo previsto en el art. 335 *in fine* del C.P.P.C.A.B.A., los fiscales interviniente deben aplicar el “*Protocolo de Actuación para la Restitución de Inmuebles Usurpados*”¹³.

⁷ Resolución de la Fiscalía General de la C.A.B.A. N° 121/08, de fecha 06/06/2008. Disponible en: <http://www.mpf.jusbaires.gov.ar/wp-content/uploads/resoluciones-fg-2008-01-a-133.pdf>
Anexo disponible en: <http://www.mpf.jusbaires.gov.ar/wp-content/uploads/informe-estadistico-art181-del-cp-2008-20091.pdf>

⁸ Resolución de la Defensoría General de la C.A.B.A. N° 104/09, de fecha 11/05/2009. Disponible en: http://www.defensoria.jusbaires.gob.ar/attachments/1250_DG%20104-09%20Criterios%20Grales..pdf

⁹ Resolución conjunta de la Defensoría General de la C.A.B.A. N° 210/09 y de la Asesoría General Tutelar de la C.A.B.A. N° 172/09, de fecha 02/09/2009. Disponible en: http://www.defensoria.jusbaires.gob.ar/attachments/1459_DG%20210-09%20y%20AGT%20172-09%20Res%20CONJUNTA%20AGT%20Y%20DG%20USURPACION.pdf

¹⁰ Resolución de la Fiscalía General de la C.A.B.A. N° 382/10, de fecha 04/11/2010. Disponible en: <http://www.mpf.jusbaires.gov.ar/wp-content/uploads/resolucion-fg-nc2ba-382-10-cga-jovenes-en-conflicto-con-la-ley-penal-e-investigacion-del-delito-de-usurpacion-ref-act-int-nc2ba-3197-08-y-13410-10.pdf>

¹¹ Resolución de la Defensoría General de la C.A.B.A. N° 155/10, de fecha 02/08/2010. Disponible en: http://www.defensoria.jusbaires.gob.ar/attachments/2072_DG%20155-10%20Criterios%20Generales%20de%20Actuación.pdf
Anexo disponible en: http://www.defensoria.jusbaires.gob.ar/attachments/2074_DG%20155-10%20ANEXO%201%20Criterios%20Generales%20de%20Actuación.pdf

¹² Acuerdo de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, de fecha 27/10/2009.

¹³ Este Protocolo tiene tres objetivos específicos: 1) Desocupar el inmueble para reintegrarlo a su propietario o a quien resulte ser legítimo poseedor/tenedor del mismo; 2) Prevenir la ocurrencia de situaciones que puedan generar cualquier emergencia; 3) Ofrecer asistencia inmediata a la población que se encuentre en situación de riesgo, en el inmueble objeto de restitución. Se establecen también dos fases para la actuación. En la primera, que involucra las acciones antes de proceder al acto de restitución, el fiscal requiere, por una parte, a la Dirección General de Atención Inmediata del G.C.B.A. que se constituya en el lugar supuestamente usurpado y realice un censo completo y, por otra parte, a la Dirección General Guardia de Auxilio y Emergencias del G.C.B.A. para que determine si existe en el edificio un peligro real o potencial de derrumbe. El protocolo de actuación, en esta fase, describe cuatro escenarios. En el primero de ellos, el representante del Ministerio Público Fiscal promueve una instancia de medicación o facilitación. En el segundo escenario, ante el fracaso del proceso de facilitación, se debe emitir un mandamiento de intimación a los ocupantes del inmueble según el censo, tendiente a que, en el plazo de 72 hs. se proceda a desocuparlo. Si esto último fracasa, se debe requerir al juez que libre la orden de allanamiento, a lo fines de realizar la desocupación y restitución del inmueble. En un tercer escenario, se da en caso en que tanto la intervención de los organismos del G.C.B.A. como la intimación a desocupar el inmueble no hayan podido llevarse a cabo, y, en virtud de ello, el fiscal solicitará al juez un orden de allanamiento. Por último, el cuarto escenario se configura cuando del informe la Dirección General Guardia de Auxilio y Emergencias del G.C.B.A. surge la posibilidad de derrumbe del inmueble, motivo por el que

Por otra parte, la Resolución 104/09 de la Defensoría General de la C.A.B.A. establece como criterio general para los defensores oficiales la preservación del derecho a la vivienda digna y a la salud y la aplicación previa de los criterios establecidos en las Observaciones Generales N° 4 y N° 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Comité o C.D.E.S.C.) en materia de desalojos forzosos.

En la misma línea, la Resolución conjunta de la Defensoría General N° 210/09 y de la Asesoría General Tutelar N° 172/09 se redactó entendiendo que el desarrollo de los procesos penales por el delito de usurpación en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires se produce al margen del debido proceso, pues la mayoría de los procesos se realizan sin la debida y oportuna participación de la Defensa técnica y de la Asesoría Tutelar. Por este motivo, en el art. 1° de la Resolución, se solicitó al Fiscal General que *“que adopte las medidas pertinentes a fin de garantizar que los Fiscales de primera instancia con competencia penal que actúan ante el Fuero en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad, requieran la intervención del Ministerio Público Tutelar y del Ministerio Público de la Defensa, en todos los procesos en los que se investigue el delito de usurpación -art. 181 CP-, desde el momento de recibida la denuncia.”*

Ahora bien, mediante la Resolución de la Fiscalía General N° 382/10, que amplía a su antecesora N° 121/08, se dispuso que los fiscales deberán notificar a los ocupantes del inmueble acerca de los derechos y garantías relacionados con la asistencia legal y técnica por parte de letrados de su confianza o por defensores oficiales cuando se los invita a concurrir a una instancia oficial de mediación o composición (art. 4, remitiéndose al primer escenario de la Res. FG 121/08) y al momento de la intimación a desocupar el inmueble (art. 5, remitiéndose al tercer escenario de la Res. FG 121/08)¹⁴. No obstante, en el art. 6, se supeditó

el fiscal deberá dar intervención al Poder Ejecutivo para que de curso al procedimiento de desalojo administrativo (sin perjuicio de continuar el fiscal con la investigación del presunto delito.) En los distintos escenarios, se evaluará la conveniencia de disponer una consigna policial en el lugar de los acontecimientos. Luego, en la segunda fase, según la complejidad del caso, el representante del Ministerio Público Fiscal fijará la fecha en la cual se realizará el desalojo y detallará los organismos que participarán del mismo, sin perjuicio de la intervención policial que estime pertinente. Por último, una vez concluido el proceso, se podrá establecer como medida de resguardo una consigna policial, para el caso de que no se haya procedido a tapiar ni a restituir el inmueble a su propietario.

¹⁴ La Resolución FG N° 382/10, en su art. 5, refiere explícitamente al tercer escenario de la Res. FG 121/08. Ahora bien, en tanto este artículo menciona al *“momento de la intimación a desocupar el inmueble”*, entiendo que no se quiso referir al tercer escenario, sino al supuesto descrito en el segundo escenario (punto 1.3.1 de la Res. FG 121/08), en el cual se detalla que el fiscal solicita *“(a) la Oficina de Mandamientos del Poder Judicial del*

la operatividad de las disposiciones anteriores hasta tanto *“la Defensoría General de la Ciudad emita el criterio general de actuación aquí solicitado y se comuniquen sus términos a los integrantes del Ministerio Público Fiscal”*. La Fiscalía General entiende que el mencionado criterio general de actuación aún no ha sido emitido¹⁵. Por su parte, la Defensoría General considera que los arts. 4 y 5, y los considerando respectivos, de la Res. FG N° 382/10 significan el rechazo de la petición realizada en la Res. Conjunta DG N° 210/09 y AGT N° 172/09¹⁶.

En el anexo I de la Resolución de la Defensoría General N° 155/10, se establece que en los casos de restituciones anticipadas de inmuebles ordenadas en el marco de causas iniciadas por el delito de usurpación, se actuará conforme las pautas allí establecidas¹⁷.

Por su parte, ante la problemática de la realización de desalojos antes de que adquiera firmeza la decisión del juez de grado, en el Acuerdo 4/09, la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, por unanimidad, dispuso que *“a los efectos de asegurar*

Poder Judicial de la Ciudad que diligencie un mandamiento de intimación a los ocupantes de inmueble según el censo, tendiente a que, en el plazo de 72:00 hs se proceda a desocuparlo(...)”.

¹⁵ En la Resolución 431/10, de fecha 10/12/2010, la Fiscalía General manifestó que *“ante la solicitud de la Defensoría General, la Asesoría General Tutelar y otras instituciones, se dispuso con fecha 4 de noviembre de 2010 una ampliación del criterio general de actuación mencionado a través de la Res. FG. N° 382/10,(...) sin todavía haber recibido una respuesta al respecto.”*

¹⁶ Cfr. el comunicado de prensa de la Defensoría General de la C.A.B.A., titulado *“La Defensoría General denuncia privación de justicia en los desalojos que se llevan a cabo en la Ciudad.”*, de fecha 10 de febrero de 2011.

¹⁷ Estas pautas están divididas en dos etapas. En la primera de ellas, previo a la restitución inmediata del inmueble, los defensores oficiales deberán: a) Brindar asistencia jurídica a las personas que habitan en los inmuebles, aun cuando no estén formalmente imputadas del delito y procurar que sean oídos por el juez de modo previo a la decisión sobre el lanzamiento; b) Plantear la inconstitucionalidad del artículo 335 del Código Procesal Penal de la Ciudad, y solicitar, eventualmente, el archivo o una excepción de previo y especial pronunciamiento para analizar los requisitos de la restitución; c) En caso que el damnificado sea el Estado, nacional o local, requerir se deje sin efecto la solicitud de restitución inmediata; d) En caso de que los habitantes deban requerir judicialmente una vivienda alternativa, pondrán en conocimiento del supuesto a la Defensoría General, para que un defensor ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario inicie la causa correspondiente. Los defensores de ambos fueros articularán las estrategias; e) Solicitar que se notifique a todos los habitantes del inmueble, la fecha del lanzamiento y destino alternativo donde serán trasladados, el que deberá revestir las condiciones de vivienda adecuada; f) En caso de que en el inmueble habiten niños o personas afectadas en su salud mental, requerir que se ponga en conocimiento al Ministerio Público Tutelar para que tome intervención en las actuaciones. En una segunda etapa, durante la restitución del inmueble, los defensores oficiales deberán: a) Estar presentes durante el lanzamiento y velar por la seguridad de las personas desalojadas; b) Solicitar la presencia del juez y fiscal a cargo del operativo, como así también la de los funcionarios responsables del área de desarrollo social del Gobierno de la Ciudad, todos debidamente identificados; c) Solicitar que el lanzamiento se realice durante horario diurno, evitando aquellos días en los que haga mal tiempo; d) Velar por la seguridad de los bienes de los desalojados, y por su traslado a las nuevas viviendas o a donde indiquen sus propietarios. Ahora bien, destaco que la Res. DG 210/10, de fecha 22 de septiembre de 2010, suspende la vigencia de lo descripto para esta segunda etapa.

el derecho de defensa en juicio y en el caso particular cuando los jueces de primera instancia dispongan la medida cautelar del art. 335 del CPPCABA in fine y la misma sea apelada, el recurso tiene efecto suspensivo.”

4. Crisis Habitacional. Realidad de los procesados por el delito de usurpación.

Luego de la crisis económica del año 2001, el mercado inmobiliario se constituyó fuertemente como un espacio de inversión de capitales¹⁸. En el marco de este proceso, se dieron dos fenómenos opuestos pero complementarios que originaron el actual déficit habitacional en la ciudad, mientras creció el índice de desempleo y de precarización laboral, encareció el valor del suelo, impulsado por el dinamismo que adquirieron el mercado de la construcción y la actividad inmobiliaria, guiados por una lógica especulativa¹⁹.

De este modo, el incremento del valor de metro cuadrado de construcción, la suba de precios de la propiedad y del suelo alejó a muchas familias de la posibilidad de adquirir o alquilar una vivienda²⁰. Como consecuencia, se ha provocado la restricción del acceso a la vivienda de los sectores de medianos y bajos recursos, registrándose un aumento de población en los sectores informales de hábitat y al mismo tiempo un aumento de los conflictos habitacionales²¹. Asimismo, se produjo un proceso de “*infantilización del déficit*

¹⁸ Asesoría General Tutelar (AGT) y Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Infantilización del déficit habitacional: una temática invisible.*, p. 43. Disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/infantilizacion_del_deficit.pdf

¹⁹ En este sentido, ver Baggio, Mariana y Verón, Natalia, “*Entre la penalización y la asistencia: la construcción de sujetos ‘merecedores’ de políticas públicas destinadas a la atención de la ‘Emergencia Habitacional’ en la Ciudad de Buenos Aires.*”, Revista de trabajo social Margen, Edición N° 57, p. 6. Disponible en: <http://www.margen.org/suscri/margen57/biaggio.pdf>

²⁰ Pierini, Alicia, *Diagnósticos 3: el derecho a la vivienda: la vigencia de los derechos humanos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a la luz del derecho supranacional.*, Buenos Aires, Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009, 1a ed., p. 43. Disponible en: <http://www.defensoria.org.ar/publicaciones/pdf/diag03.pdf>

²¹ Zayat, Demián y Ricciardi, Victoria, *El derecho de defensa en los casos de usurpaciones en la Ciudad de Buenos Aires: un estudio empírico.*, Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Año 1, número 1, marzo de 2011, p. 105.

habitacional”, debido a la incidencia que tiene la precarización y falta de vivienda en la vida de los niños, niñas y adolescentes²².

Mientras esto sucede, el Estado permanece inactivo y no interviene con políticas eficientes para acabar con las especulaciones y el aumento de precios, reinando en el rubro inmobiliario, de este modo, las leyes del libre mercado. Cabe remarcar que la Ciudad ofrece una promesa de crecimiento socioeconómico para las personas que hace que cada vez haya más habitantes, ello sumado a la alta densidad demográfica que históricamente la caracterizó.

Además, el *“Informe de situación Desalojos de nuevos asentamientos urbanos”* de la Defensoría del Pueblo de la C.A.B.A. señala que *“(…) la población que habita en villas de emergencia aumentó un 300% entre 1983 y 1991 y un 150% adicional en la última década, alcanzando en la actualidad una cifra superior a las 120.000 personas. Por otra parte hay 200.000 personas que ocupan inmuebles tomados y otras 70.000 viven en inquilinatos. También hay 70.000 en hospedajes o alojamientos y 120.000 alojadas en viviendas de familiares, habitaciones rentadas o hacinadas en vivienda propia, todo lo cual informa que el 20% de los habitantes de la ciudad se halla en una situación habitacional deficitaria.”*²³

Junto a lo dicho, del censo nacional realizado en octubre de 2010 surge que, sólo en la Ciudad de Buenos Aires, las villas y los asentamientos crecieron en un 50% desde el año 2001²⁴.

Ante la indiferencia estatal, los grupos sociales más vulnerables, para garantizar la subsistencia del grupo familiar en la ciudad, articulan diversas estrategias habitacionales reflejadas en los asentamientos precarios, las villas de emergencia, los hoteles, pensiones, inquilinatos, cuartos subalquilados o casas tomadas²⁵.

²² Asesoría General Tutelar (AGT) y Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), op. cit., pp. 1 y 2.

²³ Defensoría del Pueblo de la C.A.B.A., *Informe de situación Desalojos de Nuevos asentamientos urbanos.*, 2006, p. 45. Disponible en: <http://www.defensoria.org.ar/areastematicas/vivienda10.php>. Este informe cita al *“Documento Técnico del Plan Estratégico”* del G.C.B.A. del año 2003.

²⁴ Adelgani, Luciana y Baragli, Lucía, *“Un lugar en el mundo.”*, Revista Hecho en Buenos Aires, número 126, enero de 2011, p. 19.

²⁵ Defensoría del Pueblo de la C.A.B.A., op. cit. en 23, pp. 26 y 27.

Ahora bien, a estas ocupaciones informales ni siquiera se las reconoce como situaciones de demanda crítica²⁶. De hecho, el mismo Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires destaca que, respecto del delito de usurpación, hay un promedio que supera los tres casos por día, convirtiéndose, de este modo, en el tercer delito con mayor cantidad de ingresos durante el primer año de vigencia del segundo convenio de traspaso de delitos a la ciudad²⁷. Con esto, se observa que el Estado no reconoce la demanda habitacional, pero que sí investiga los delitos penales que surgirían en estos contextos.

No obstante lo dicho, el Poder Legislativo de la ciudad, debido al déficit habitacional, decretó la emergencia habitacional. La Ley C.A.B.A. N° 1.408²⁸ declaró la emergencia habitacional en la ciudad por un plazo de tres años, que fue prorrogado por otros tres años por la Ley local N° 2.472²⁹.

A lo dicho, se suma la cosificación que se realiza de las personas que van a ser desalojadas³⁰. Al ser convertidas en objetos, es difícil que estas personas puedan reclamar sus derechos, y muchos menos sus derechos humanos. Los ocupantes son reducidos a meros objetos de lanzamiento³¹, que son estigmatizados performativamente por un discurso jurídico que los

²⁶ Defensoría del Pueblo de la C.A.B.A., *op. cit. en 23*, p. 27.

²⁷ Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A., *Segundo informe de la conflictividad*, p. 28. Disponible en: <http://www.mpf.jusbaires.gov.ar/lang/es/institucional/informes-de-gestion-descarga/2do-informe-de-conflictividad/>

²⁸ Ley local N° 1.408 (Vetada: Decreto N° 1611 del 31/08/2004. Sanción: 29/07/2004. Publicación B.O.C.A.B.A.: 06/09/2004. Aceptado el veto de los arts. 2° y 7° por Resolución N° 462 del 04/11/2004. Publicación B.O.C.A.B.A.: 07/01/2005.)

²⁹ Ley local N° 2.472 (Sanción: 18/10/2007. Promulgación: 20/11/2007. Publicación B.O.C.A.B.A.: 27/11/2007).

³⁰ Pedro Laín Entralgo explica que uno de los modos de encuentro con el otro puede ser la relación de objetividad, y que, dentro de ella, el otro puede ser visto como un obstáculo que se interpone enojosa y perturbadoramente en el camino de la vida de una persona. (Laín Entralgo, Pedro, *“Teoría y realidad del otro”*, Tomo II, Madrid, Revista de Occidente, 1961, pp. 197 y ss.).

³¹ En los considerandos de la Resolución conjunta de la Defensoría General N° 210/09 y de la Asesoría General Tutelar N° 172/09 se deja en claro que *“los sujetos denunciados son reducidos a meros objetos de lanzamiento, negándoles de lleno su derecho a defenderse en igualdad de condiciones –igualdad de armas-, y desde la primera oportunidad, durante todo el proceso penal. Una manifestación clara de ello es que quienes se encuentran habitando el inmueble cuya usurpación se denuncia no pueden siquiera discutir su derecho legítimo a la tenencia de dicha vivienda, ya que, en la mayoría de las ocasiones, la medida de restitución del bien (y de lanzamiento de las familias) se adopta sin haberlos anoticiado de que existía una investigación penal en su contra y, por ende, sin haberlos escuchado y haberles dado la oportunidad de ejercer su defensa, contraviniendo asimismo y de modo ostensible el principio constitucional de inocencia que los ampara.”*

criminaliza por intentar ejercer su derecho a una vivienda adecuada³². De este modo, son vistos como “ocupantes ilegales”, “usurpadores”, “delincuentes” que lo único que buscan es perjudicar al propietario de un bien inmueble³³.

5. Derechos Humanos: Definición.

Carlos Nino calificó a los derechos humanos como “*el mejor invento del siglo XX*”³⁴. Mónica Pinto, por su parte, postula que “*la noción actual de derechos humanos es la sumatoria de los aportes del iusnaturalismo, del constitucionalismo liberal y del derecho internacional, lo que implica no solamente la consagración legal de los derechos subjetivos necesarios para el normal desarrollo de la vida del ser humano en sociedad, que el Estado debe respetar y garantizar, sino el reconocimiento de que la responsabilidad internacional del Estado queda comprometida en caso de violación no reparada. La noción de derechos humanos (...) conlleva insita la relación Estado-individuo. Si el último es el titular de los derechos protegidos, el primero es su garante. El límite al poder del Estado, que buscaron las declaraciones de derechos de fines del siglo XVIII, se mantiene vigente en la era de los derechos humanos.*”³⁵

³² En similar entendimiento, Gil Domínguez expresa: “*Una interpretación constitucional y convencional del art. 181 del código penal argentino, desde la fuerza normativa emergente del art. 11 primer párrafo del PIDESC, inhibe su aplicación a las personas que, aún desalojadas legalmente, hayan intentado ejercer su derecho a una vivienda adecuada –por no tener ninguna alternativa viable- (...) en el ámbito del espacio público. Para ello están los mecanismos legales administrativos que no estigmatizan performativamente a las personas que reclaman la garantía eficaz de un derecho.*” (Gil Domínguez, ob. cit. p.3). A lo que agrega: “*Sobreponer opinables cuestiones formales para desconocer los efectos devastadores que hubiera producido la vía penal, implica construir un discurso jurídico donde las personas que reclaman por una vivienda adecuada, no son considerados titulares de un derecho sino individuos que reclaman algo que está fuera de la ley (o más allá de la ley).*” (Gil Domínguez, ob. cit., p.4).

³³ Alicia Pierini, Defensora del Pueblo de la C.A.B.A., explica que más allá del derecho de propiedad “*existen otros derechos que emergen de las necesidades humanas y a los que también se debe considerar. Tal es el caso de las ocupaciones hoy llamadas ilegales, que debieran nominarse de otra forma, para eliminar esa connotación transgresora que sobrealora a los propietarios y coloca en un lugar semidelincuencial a la necesidad de vivienda de los que no lo son.*” (Pierini, Alicia; “*Acceso a la vivienda, desalojos forzosos y Derechos Humanos*”, Papeles de Trabajo, Defensoría Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Año I N° 1, p.13).

³⁴ Nino, Carlos Santiago, Capítulo I, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación.*, Buenos Aires, Astrea, 1989, 2° ed. ampliada y revisada.

³⁵ Pinto, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, segunda edición, p. 10.

En este contexto, respecto de la obligación que asumen los Estados de proteger este tipo de derechos, se ha dicho: *“La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”* (Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N°4, párrafo 167).

Entonces, aun cuando el acceso a una vivienda adecuada esté protegido por la Constitución Nacional (art. 14 bis) y la Constitución de la C.A.B.A. (art. 31), mientras, por imperio del art. 335 *in fine* C.P.P.C.A.B.A., se realicen sistemáticamente desalojos forzosos anticipados, aquél derecho humano, y todos los que indirectamente se ven afectados, no se encuentran debidamente garantizados. Nuestro Máximo Tribunal ha manifestado: *“La Constitución Nacional, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo si se encuentra en debate un derecho humano.”* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, en adelante C.S.J.N., *R. A., D.*, 2007, *Fallos*, 330 :3853).

6. Los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a la vivienda digna. El desalojo forzoso.

6.a. Los derechos económicos, sociales y culturales.

Por lo dicho anteriormente, la noción de derechos humanos viene con un contenido dado que comprende, sin distinción, derechos susceptibles de ser caracterizados como civiles, políticos, económicos, sociales y culturales³⁶. Por ello, sólo cabe afirmar que el derecho a una vivienda adecuada, en tanto es un derecho económico, social y cultural, es un derecho humano³⁷.

³⁶ Pinto, Mónica, *“Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”*, 40 Revista del IIDH, p. 29.

³⁷ El art. 11.1 del P.I.D.E.S.C: establece: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados 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.”*

En esta línea, Pinto afirma: *“Una práctica institucional sostenida, un apreciable número de tratados internacionales y de resoluciones de organismos internacionales así como la constatación de la realidad circundante conducen a sostener que la noción de derechos humanos no puede sino comprender derechos económicos, sociales y culturales ya que ellos contribuyen sustancialmente al desarrollo de las capacidades de la personalidad humana y construyen la dignidad.”*³⁸

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante P.I.D.E.S.C.) establece una serie de obligaciones genéricas a los Estados, entre las que se encuentran la obligación de adoptar medidas inmediatas, la obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos y la obligación de progresividad, que incluye la prohibición de regresividad³⁹.

a) La obligación de adoptar medidas inmediatas, se encuentra anunciada en el art. 2.1. del P.I.D.E.S.C., allí se establece que: *“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”*

Hago notar que el C.D.E.S.C.⁴⁰ ha sostenido que si bien el logro de la plena efectividad de los derechos puede realizarse progresivamente, existen obligaciones con efecto inmediato entre las que se encuentra la de adoptar medidas, compromiso que no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración (C.D.E.S.C., Observación General N°3, punto 1).

³⁸ Pinto, Mónica, *op. cit.* en 36, p. 85.

³⁹ Sobre este tema ver Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles.*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, pp. 79 y ss.

⁴⁰ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (C.D.E.S.C.) es el órgano que supervisa el cumplimiento del P.I.D.E.S.C.

A continuación, menciono algunas de las medidas inmediatas descriptas por Abramovich y Courtis, aplicables al tema en tratamiento⁴¹:

Adecuación del marco legal: Entre las medidas inmediatas que el Estado debe adoptar sin poder justificar su omisión en la falta de recursos, se puede mencionar la derogación de aquellas normas jurídicas que resultan manifiestamente contrarias a sus obligaciones. Remarco que el art. 335 *in fine* del C.P.P.C.A.B.A. es manifiestamente contrario a la obligación asumida por el Estado en el art. 11.1 del P.I.D.E.S.C., por el que reconoce el derecho a una vivienda adecuada a toda persona.

Provisión de recursos efectivos: Los Estados tienen además la obligación de brindar recursos judiciales y otros recursos efectivos. Los Estados deben brindar recursos judiciales idóneos para reparar violaciones de derechos consagrados en el Pacto. Aquí, deseo poner de resalto la situación denunciada en la mencionada Resolución conjunta de la Defensoría General 210/09 y Asesoría General Tutelar 172/09, donde se destaca que la mayoría de los procesos se realizan sin la debida y oportuna participación de la Defensa técnica y de la Asesoría Tutelar. De este modo, se priva en los hechos a los procesados de la posibilidad de plantear recursos judiciales efectivos y oportunos.

b) También existe una obligación mínima de los Estados de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles esenciales de cada uno de los derechos (Principios de Limburgo, principio 25; Principios de Maastricht, principio 9; C.D.E.S.C., O.G. N° 3, punto 10). Se trata del punto de partida en relación a los pasos que deben darse hacia su plena efectividad.

Entre estas obligaciones básicas se encuentra, como mínimo, la de garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicos (C.D.E.S.C., O.G. N° 14, punto 43.c). Por este motivo, el carácter progresivo de la obligación asumida no puede ser utilizado para desconocer el derecho al acceso a una vivienda adecuada.

c) Por último, me referiré a la obligación de progresividad y a la prohibición de regresividad que importa tal obligación. El art. 2.1 de P.I.D.E.S.C. menciona a la obligación de progresividad por la que se reconoce que la satisfacción plena de los derechos establecidos por el Pacto supone una cierta gradualidad. Ahora bien, la obligación mínima asumida por el

⁴¹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, pp. 79 y ss.

Estado al respecto es la obligación de no regresividad, es decir *“la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora ‘progresiva’.”*⁴² Sobre esta obligación realizaré más abajo un análisis detenido.

Entonces, en virtud de las obligaciones genéricas por las que el Estado se ha comprometido, se puede afirmar que el art. 335 *in fine* del C.P.P.C.A.B.A. es manifiestamente contrario al P.I.D.E.S.C.

6.b. El derecho a una vivienda adecuada.

Conforme el C.D.E.S.C. no hay que entender el derecho a la vivienda (reconocido por el art. 11.1 del P.I.D.E.S.C.) en un sentido limitado o restrictivo que lo equipare al simple 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.”* (C.D.E.S.C., O.G. N° 4, punto 7). Por ello, se deben garantizar los siguientes aspectos mínimos: a) la seguridad legal de la ocupación, incluida una protección legal contra el desalojo; b) la proximidad de los servicios, materiales, equipamientos e infraestructuras necesarias, incluido el acceso al agua potable y a servicios sanitarios; c) el coste asequible, incluso para los más pobres mediante subsidios para viviendas y protección contra arrendatarios que se excedan; d) la habitabilidad, incluida la protección contra el frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento y las enfermedades; e) el acceso fácil para los grupos desfavorecidos, incluidas las personas ancianas, los niños, las personas con discapacidades físicas y las víctimas de catástrofes naturales; f) un emplazamiento adecuado, es decir alejado de las fuentes de contaminación pero próximo a servicios sanitarios y establecimiento escolares. (C.D.E.S.C., O.G. N° 4, punto 8).

Si bien la adecuación del derecho a la vivienda *“(...) depende indudablemente de una serie de condiciones sociales, económicas, culturales, climáticas, ecológicas y otras (...) algunas cuestiones de derecho pueden tenerse en cuenta en todos los contextos: la seguridad jurídica*

⁴² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 94.

*de la tenencia o la protección contra los desalojos forzados, la disponibilidad de servicios e infraestructura, la asequibilidad, la habitabilidad, la accesibilidad, la ubicación y la adecuación cultural.*⁴³

Entonces, cuando una persona, familia, hogar, grupo o comunidad vive en condiciones en que los nombrados aspectos no tienen plena efectividad, puede aducir justificadamente que no disfrutan del derecho a una vivienda adecuada tal como está consagrado en las normas internacionales de derechos humanos⁴⁴.

Es de remarcar que el derecho a una vivienda adecuada se encuentra protegido en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos⁴⁵. Así, este derecho está protegido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)⁴⁶ y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)⁴⁷.

Además, respecto de grupos particularmente vulnerables, el derecho a una vivienda adecuada se encuentra reconocido en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965)⁴⁸, en la Convención sobre la Eliminación de Todas

⁴³ Pinto, Mónica, *op. cit.* en 36, p. 62.

⁴⁴ A.C.N.U.D.H., “Folleto informativo N° 21, *El Derecho Humano a una Vivienda Adecuada.*” Disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs21_sp.htm

⁴⁵ Sobre este punto, ver Golay, Christophe y Özden, Melik, “*El derecho a la vivienda. Un derecho humano fundamental estipulado por la ONU y reconocido por tratados regionales y por numerosas constituciones nacionales.*”, Colección del Programa Derechos Humanos del Centro Europa - Tercer Mundo (CETIM), 2005. Disponible en: <http://www.cetim.ch/es/documents/bro7-log-A4-es.pdf>

⁴⁶ “*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, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25).

⁴⁷ Como ya referí, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 11, los Estados se comprometen a tomar las medidas necesarias para realizar: “*el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) 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.*”

⁴⁸ En la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, los Estados 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 y origen nacional o étnico, particularmente en el goce (...) del derecho a la vivienda.*” (art. 5.e.iii).

las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979)⁴⁹, en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)⁵⁰, en la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo referida a los pueblos indígenas y tribales (1989)⁵¹, en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951)⁵², en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares (1990)⁵³.

Aparte de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, los Estados han reconocido el derecho a la vivienda y se han comprometido a realizarlo en distintas declaraciones internacionales: la Declaración de Vancouver adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los asentamientos humanos (1976)⁵⁴, la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los asentamientos humanos (1996)⁵⁵.

⁴⁹ En el art. 14 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, los Estados se comprometen a: *“adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.”*

⁵⁰ En su artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se prevé que: *“Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas 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.”*

⁵¹ El derecho a la vivienda de los pueblos indígenas y tribales es también reconocido, mediante su derecho a la tierra, por la Convención 169 de la OIT referida a los pueblos indígenas y tribales (artículo 16). Asimismo, el artículo 1 común a los dos Pactos de 1966 de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de los Derechos Civiles y Políticos, aplicable a las poblaciones indígenas y tribales, prevé que: *“En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.”*

⁵² En el artículo 21 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados se establece: *“En materia de vivienda y en la medida en que esté regida por leyes y reglamentos o sujeta a la fiscalización de las autoridades oficiales, los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en sus territorios el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros.”*

⁵³ En el artículo 43 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, se detalla: *“Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con (...) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres.”*

⁵⁴ En la Declaración de Vancouver adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los asentamientos humanos en 1976, se declara: *“Disponer de una vivienda y de servicios suficientes es un derecho fundamental del hombre y los gobiernos tienen que la obligación de procurar que todos sus residentes puedan ejercer este derecho, empezando por ayudar a las capas más desfavorecidas de la población instituyendo programas que alienten la iniciativa personal y la acción colectiva. Es necesario que los gobiernos se esfuercen por eliminar todos los obstáculos que retrasan el alcance de sus objetivos. Tiene que darse una atención especial a la eliminación de la segregación social y racial por medio, entre otros, de la creación de comunidades mejor equipada, mezclando los grupos sociales, profesiones, viviendas y equipamientos diferentes.”* (Sección III, 8).

Del mismo modo, existen varias recomendaciones de órganos de las Naciones Unidas que destacan la obligación de los Estados de atender a los sectores más vulnerables a fin de garantizar que toda persona pueda acceder a una vivienda digna⁵⁶.

A nivel regional, se puede mencionar al Protocolo de San Salvador (1988)⁵⁷, aunque la protección que da al derecho a la vivienda en este instrumento es muy limitada.

Asimismo, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), establece: *“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”* Por su parte, esta Reforma de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (1967), en su artículo 31.k prevé: *“Los Estados Miembros, a fin de acelerar su desarrollo económico y*

⁵⁵ En la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los asentamientos humanos (Habitat II), se adoptó una declaración en la los Estados que se comprometen, entre otras cosas a: *“garantizar a todos una vivienda adecuada y a ofrecer asentamientos humanos más seguros, más sanos, más vivos, más duraderos y más productivos.”* (§ 1) Y se les promete que: *“asegurar progresivamente la total realización del derecho a una vivienda adecuada, previsto en varios instrumentos internacionales. Con este fin, solicitaremos la participación activa de todos nuestros socios públicos, privados y no gubernamentales, a todos los niveles, para garantizar a todo el mundo la seguridad jurídica de la ocupación, la protección contra la discriminación y la igualdad de acceso a una vivienda adecuada y asequible.”* (§ 8).

⁵⁶ Ver Resolución 42/146 de la Asamblea General titulada “Realización del derecho a una vivienda adecuada”, aprobada el 7 de diciembre de 1987; Resolución 1987/62 del Consejo Económico y Social, titulada “Realización del derecho a una vivienda adecuada”, aprobada el 29 de mayo de 1987; Resolución 1986/36 de la Comisión de Derechos Humanos titulada “Realización del derecho a una vivienda adecuada”, aprobada el 12 de marzo de 1986; Resolución 1987/22 de la Comisión de Derechos Humanos, titulada “Realización del derecho a una vivienda adecuada”, aprobada el 10 de marzo de 1987; Resolución 1988/24 de la Comisión de Derechos Humanos, titulada “Realización del derecho a una vivienda adecuada”, aprobada el 7 de marzo de 1988; Resolución 1993/77 de la Comisión de Derechos Humanos, titulada “Desalojamiento forzosos”, aprobada el 10 de marzo de 1993; Resolución 14/6 de la Comisión de Asentamientos Humanos, titulada “El derecho humano a una vivienda adecuada”, adoptada el 5 de mayo de 1993, Resolución 1991/12 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, titulada “Desalojamiento forzosos”, aprobada el 28 de agosto de 1991; Resolución 1991/26 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, titulada “Fomento del derecho a una vivienda adecuada”, aprobada el 29 de agosto de 1991. (Resoluciones citadas por la Defensoría del Pueblo de la C.A.B.A., *“Los desalojos y la emergencia habitacional en la Ciudad de Buenos Aires”*, p. 17. Disponible en: <http://www.defensoria.org.ar/areastematicas/vivienda10.php>)

⁵⁷ *“El Protocolo de San Salvador pretende completar la Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969. Sin embargo, la protección que da al derecho a la vivienda es, desgraciadamente, muy limitada. El derecho a la vivienda no está protegido en el continente americano más que mediante el reconocimiento del derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano y de gozar de los equipamientos colectivos esenciales (artículo 11).”* (Golay, Christophe y Özden, Melik, *op. cit.*, p. 18).

social de conformidad con sus propias modalidades y procedimientos, en el marco de los principios democráticos y de las instituciones del Sistema Interamericano, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos al logro de las siguientes metas básicas: (...) k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población.”

Por último, quiero mencionar que la “Cumbre Judicial Iberoamericana” elaboró en 2008 las “100 Reglas de Brasilia” sobre el acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad. En el Segundo Encuentro en el que se analizaron las mencionadas reglas, la comisión dedicada a la vivienda llegó, entre otras, a las siguientes conclusiones: *“Incluir dentro de los grupos vulnerables (Regla N° 3), en lo que se refiere al derecho a la vivienda, a la población sin techo y a aquellos que viven en barrios sin regularización o no urbanizados.”*; *“Recomendar que, en aquellos casos en donde se identifique un conflicto de vivienda que afecten a grupos en situación de vulnerabilidad, debería evitarse la vía criminal en tanto ésta pueda agravar esta condición.”*

Al tener una protección tan amplia el derecho a la vivienda de las personas resulta lógico que la comunidad internacional, mediante otros tantos instrumentos, haya considerado necesario repudiar la figura de los desalojos forzosos, como detallaré a continuación.

6.c. Los desalojos forzosos.

La práctica del desalojo forzoso consiste en *“despojar a las personas de su casa o tierra contra su voluntad, de un modo atribuible directa o indirectamente al Estado. Esto implica la supresión efectiva de la posibilidad de que una persona o un grupo vivan en una casa, residencia o lugar determinados, y el traslado asistido (en el caso del reasentamiento) o no asistido (cuando no se trata de un reasentamiento) de las personas o grupos desalojados a otro lugar.”*⁵⁸

Es de resaltar que la práctica realizada por el art. 335 *in fine* del C.P.P.C.A.B.A. cuadra en esta definición.

⁵⁸ A.C.N.U.D.H., “Folleto informativo N° 25, Los Desalojos Forzosos y los Derechos Humanos.” Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet25sp.pdf>

Los desalojos forzados son en general incompatibles con los requisitos del P.I.D.E.S.C. salvo que se demuestren circunstancias extremadamente excepcionales así como compatibilidad con los principios del derecho internacional⁵⁹.

La nombrada obligación genérica de proveer recursos efectivos puede asumir modalidades específicas en relación a determinados derechos. Así, en relación al derecho a la vivienda adecuada, el C.D.E.S.C. establece: “(...) *Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas.*(...)” (C.D.E.S.C., O.G. N° 4, punto 8 inc. a.).

Asimismo, el C.D.E.S.C. considera que las personas a fin de proteger el derecho a la vivienda adecuada deben disponer de recursos jurídicos internos. Según el sistema jurídico tales esferas incluyen pero no están limitadas a: “*a) apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales; b) procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal; c) reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación; d) denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda; y e) reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas. En algunos sistemas jurídicos podría ser también adecuado estudiar la posibilidad de facilitar juicios en situaciones que implican niveles de gran aumento de personas sin hogar.*” (C.D.E.S.C., O.G. N° 4, punto 17)

Aunque la debida protección procesal y el proceso con las debidas garantías son aspectos esenciales de todos los derechos humanos, el C.D.E.S.C. entiende que tienen especial pertinencia para la cuestión de los desalojos forzados, que guarda directa relación con muchos otros derechos protegidos en el derecho internacional de los derechos humanos. Así, señala entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de desalojos forzados: “*a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la*

⁵⁹ Pinto, Mónica, *op. cit.* en 36, p. 63.

fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales.” (C.D.E.S.C., O.G. N° 7, punto 15)

Junto a esto, no debe perderse de vista que el C.D.E.S.C. menciona que la “*seguridad jurídica de la tenencia*” de la vivienda debe ser garantizada a todas las personas⁶⁰. Sumado a esto, en virtud del principio de no regresividad, el poder judicial no puede empeorar esta situación a las personas imputadas en un proceso por usurpación⁶¹.

Además de lo hasta aquí mencionado, varias declaraciones internacionales también han denunciado la práctica de los desalojos forzosos: la Agenda 21 adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo (1992)⁶², la mencionada Resolución 1993/77 de la Comisión de Derechos Humanos (1993)⁶³ y la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/RES/2005/25 (2005)⁶⁴.

⁶⁰ “(E)l Comité incluye a la seguridad de la tenencia de la vivienda en la categoría de los derechos que se derivan del Pacto. Utilizando un lenguaje cada vez más frecuente en los organismos de DDHH de la ONU, se insta a los gobiernos a que ‘concedan una seguridad jurídica de tenencia a todas las personas que están actualmente amenazadas de desalojamiento forzoso, y adopten todas las medidas necesarias para proporcionar protección completa contra éstos, sobre la base de la participación, la consulta y la negociación efectiva.’” (Pierini, Alicia, *op. cit.* en 33, p. 13).

⁶¹ “(E)l principio de no regresividad refuerza la obligación de los Estados de evitar desalojos forzosos sin la provisión de una vivienda adecuada para aquellos sectores de la población que carecen de medios suficientes para procurársela por su cuenta. No es posible que el Estado empeore la situación de aquellos que careciendo de toda alternativa razonable de acceder a una vivienda digna, sean desalojados de su lugar de residencia.” (Rossi, Julieta, “La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.”, en Christian Courtis (comp), *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006. p. 106).

⁶² En la Agenda 21 adoptada en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo de 1992, los Estados declararon que: “el derecho a una vivienda adecuada [es un] derecho fundamental de la persona humana (...) los individuos deberán ser protegidos por la ley contra los desalojos injustos de su vivienda o de sus tierras.” (Párrafos 7.6 y 7.9.b de la Agenda 21).

⁶³ Los desalojos forzosos fueron calificados de “violaciones flagrantes de los derechos humanos” por la Comisión de Derechos Humanos en 1993 (Resolución 1993/77 de la Comisión de Derechos Humanos, adoptada el 10 de marzo de 1993).

Específicamente, la Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 1993/77 afirmó “*que la práctica de los desalojamientos forzosos constituye una violación grave de los derechos humanos, en particular del derecho a una vivienda adecuada.*” No obstante, un desalojo no sólo afecta al derecho a la vivienda adecuada sino que también afecta a otros derechos humanos: “*Aunque el derecho a una vivienda adecuada es tal vez el derecho humano contra el que más evidentemente atentan los desalojos forzosos, también resultan afectados algunos otros derechos. Cuando hay desalojos forzosos se violan los derechos a la libertad de circulación y a elegir su propio lugar de residencia, reconocidos en muchas normas internacionales y constituciones nacionales. El derecho a la seguridad personal, también ampliamente reconocido, significa poco en la práctica cuando se desaloja por la fuerza a las personas de sus viviendas con violencia, excavadoras e intimidación. El hostigamiento directo, la detención o aun el asesinato de dirigentes comunitarios contrarios a los desalojos forzosos por parte del gobierno son comunes y violan los derechos a la vida, a la libertad de expresión y a afiliarse a las organizaciones de su elección. En la mayoría de los casos de desalojo, también se niegan los derechos fundamentales a la información y a la participación popular. Cuando los niños no pueden asistir a la escuela debido a un desalojo forzoso, se sacrifica el derecho a la educación. Cuando las personas pierden su empleo, se atenta contra el derecho al trabajo. Cuando la amenaza constante de desalojo perjudica la salud psíquica y física, se compromete el derecho a la salud. Cuando se separa violentamente a las familias y a las comunidades mediante el desalojo, se viola el derecho a la vida familiar. Cuando las brigadas de desalojo se presentan sin ser invitadas a allanar los hogares, se violan los derechos a la vida privada y a la seguridad del hogar. Asimismo, en los casos de desalojo forzoso pueden no respetarse nuevos derechos humanos como el derecho a permanecer en su hogar o tierra y el derecho a regresar a su hogar.*”⁶⁵

⁶⁴ La Comisión de Derechos Humanos reafirmó en 2005: “*el derecho de las mujeres a un nivel de vida suficiente incluyendo una vivienda adecuada, tal como se consagra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*” e invitó a los gobiernos a: “*cumplir plenamente con sus obligaciones y compromisos internacionales y regionales en relación al disfrute de la tierra así como al derecho de las mujeres a poseer y controlar bienes, tierras y una vivienda y de tener acceso a ellas sin tener en cuenta su situación matrimonial, así como a un nivel de vida suficiente, incluyendo un derecho adecuado.*” (Resolución de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/RES/2005/25, adoptada el 15 de abril de 2005).

⁶⁵ A.C.N.U.D.H., *op. cit.* en 58.

Entonces, un procedimiento como el establecido por el art. 335 *in fine* del C.P.P.C.A.B.A., que refiere a una medida cautelar tendiente a la restitución anticipada de un inmueble con anterioridad al dictado de una sentencia sobre el fondo de la cuestión, se encuentra repudiado por el sistema internacional, pues no sólo afecta al derecho a la vivienda, sino que también atenta contra muchos otros derechos humanos como los mencionados anteriormente.

7. Responsabilidad del Estado. Rol del Poder Judicial.

En este punto analizaré el rol del juez en las decisiones en las que haya temas de derechos humanos involucrados.

Diversos teóricos han justificado la facultad que tiene el poder judicial de ejercer el control de constitucionalidad, en el entendimiento de que éste es un poder representativo del Estado⁶⁶. Por esta condición, el poder judicial tiene la responsabilidad de velar por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que versan sobre los derechos humanos, en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la C.N.

El poder judicial, como poder público, encuentra su ejercicio condicionado al pleno respeto y garantía de los tratados de derechos humanos⁶⁷.

A su vez, no debe perderse de vista que el Estado es quien garantiza los derechos humanos ni que el poder judicial es uno de los poderes del Estado. Los jueces, entonces, participan de la

⁶⁶ Se ha dicho que la representación de los jueces se liga con la protección de la constitución, en tanto ésta es fruto del ejercicio del poder constituyente y el pueblo su titular. De este modo, la misión del poder judicial es *“la de mantener la supremacía y pureza de la Constitución Nacional, fruto del ejercicio de ese poder constituyente (...)”* (Gialdino, Rolando E.; *“El Poder Judicial y los Jueces en la República Representativa.”*, ED 147, p. 962). También se ha dicho que el papel más importante del poder judicial es su responsabilidad como el guardián del proceso político: *“La Constitución (...) no tiene que ser leída como un documento destinado principalmente a proteger derechos sustantivos, sino como el instrumento básico de gobierno que regula el proceso político y el proceso a través del cual los individuos pueden participar y ser afectados por tal proceso.”* (Miller, Jonathan, *“Control de Constitucionalidad: el poder político del poder judicial y sus límites en una democracia.”*, en Miller, Jonathan; Gelli María Angélica y Cayuso, Susana, *Constitución y Poder Político.*, Buenos Aires, Astrea, Tomo II, p. 1090). Además, en esta última obra se menciona: *“La gran ventaja de esta descripción de la función del Poder Judicial es que elimina el problema de apreciar su rol como el de un poder que actúa contra los principios de una democracia representativa por el hecho de que sus miembros no son elegidos por el voto popular. Si el Poder Judicial en su función de control de constitucional solamente actúa cuando hay una amenaza al proceso democrático, cuando declara la inconstitucionalidad de una acción nacida de un poder más representativo lo hace para mantener la representatividad del sistema, no para privar al pueblo de su derecho de autogobernarse.”* (Miller, Jonathan, *Idem*, Tomo II, p. 1091).

⁶⁷ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 72.

construcción de la voluntad del Estado. Y deben asumir este rol velando por el pleno respeto de los derechos humanos consagrados por diversos instrumentos internacionales, por los que el Estado del que forman parte se comprometió.

Por otra parte, debe destacarse que la efectividad de la vigencia de los derechos humanos no depende solo de los órganos supranacionales.

Por ello, Abramovich y Curtis, al momento de justificar la aplicación del derecho internacional (en particular de los derechos económicos, sociales y culturales) por parte de los tribunales locales, sostienen: *“Resulta obvio que más allá de la labor de interpretación por parte de los organismos internacionales, debido a la ausencia de mecanismos internacionales de justiciabilidad directa en estos instrumentos y -aún cuando éstos existieran- a las dificultades materiales y temporales que supone acudir a un órgano internacional, resulta necesario profundizar un nuevo cauce para fortalecer su protección judicial. Nos referimos, claro está, a la progresiva aplicación de este derecho internacional por parte de los tribunales locales.”*⁶⁸

Siendo la instancia internacional subsidiaria, parece razonable que los tribunales locales tengan en consideración las opiniones de los órganos internacionales que juzgarán eventualmente la conformidad de las prácticas estatales con las disposiciones de los respectivos tratados⁶⁹.

De igual modo, en caso de que un magistrado omita el tratamiento de los derechos humanos involucrados puede derivarse la responsabilidad internacional del Estado⁷⁰. Por ello, se ha dicho: *“El argumento de la eventual responsabilidad internacional del estado ha sido permanente en la jurisprudencia del Alto Tribunal hasta este momento. En rigor la Corte no adelanta los criterios para asegurar que el riesgo es cierto; en todo caso, la inferencia necesaria, y razonable, es que el incumplimiento a la obligación convencional supone el*

⁶⁸ *Ídem*, p. 70.

⁶⁹ *Ídem*, pp. 75 y 76.

⁷⁰ La C.S.J.N. se ha referido a la eventual responsabilidad del Estado por la omisión de tratamiento de los derechos involucrados en un caso, en los siguientes fallos: CSJN, *Ekmekdján*, 1992, *Fallos*, 315 : 1492; CSJN, *Miara*, 1994, *Fallos*, 317 : 492; CSJN, *Cafés La Virginia*, 1994, *Fallos*, 317 : 1282; CSJN, *Giroldi*, 1995, *Fallos*, 318 : 514; CSJN, *Monges*, 1996, *Fallos*, 319 : 3148; CSJN, *Mignone*, 2002, *Fallos*, 325:524.

compromiso para la responsabilidad internacional del estado. Además, para determinar que ello es así, se utiliza la jurisprudencia de los órganos internacionales como guía de interpretación de los preceptos convencionales.”⁷¹

Así, pues, el derecho internacional de los derechos humanos supone que la última instancia que dispone el estado para evitar su responsabilidad internacional en la materia es el poder judicial⁷².

Recordemos que dada la jerarquía constitucional otorgada a los tratados de derechos humanos, su violación constituye, no sólo un supuesto de responsabilidad internacional del Estado sino, también, la violación de la Constitución misma⁷³.

En otro sentido, se destaca que el juez debe respetar la interpretación que realizan los órganos internacionales. Así resulta indispensable y necesario que el juez local conozca la interpretación que se ha hecho de los pactos internacionales de derecho humanos, en virtud de su adopción como escalón más alto de la pirámide normativa local y la aceptación de la jurisdicción de órganos internacionales en materia de derechos humanos⁷⁴.

A todo lo dicho, debe sumársele el llamado “*control de convencionalidad*”, receptado por la C.S.J.N. en el fallo “*Mazzeo, Julio*”⁷⁵: “(L)a Corte Interamericana ha señalado que ‘es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos’. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie

⁷¹ Pinto, Mónica, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década.*, Buenos Aires, Cels - Editores del Puerto, 2007.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 72.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ CSJN, *Mazzeo*, 2007, *Fallos*, 330 : 3248.

de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Corte I.D.H. Serie C N° 154, caso 'Almonacid', del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124).” Sobre el derecho a la vivienda, como ya mencioné, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) remite a la Carta de Organización de los Estados Americanos reformada por el Protocolo de Buenos Aires (1967), que en su artículo 31.k establece: “Los Estados Miembros, a fin de acelerar su desarrollo económico y social de conformidad con sus propias modalidades y procedimientos, en el marco de los principios democráticos y de las instituciones del Sistema Interamericano, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos al logro de las siguientes metas básicas: (...) **k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población.**” (El resaltado me pertenece).

Debe recordarse, también, que en el caso “*Campodónico de Beviacqua, Ana Carina*”,⁷⁶ la C.S.J.N. confirmó la doctrina que considera fuente de derecho a la opinión de los órganos de Derechos Humanos creados a partir de los tratados internacionales, al momento de establecer responsabilidades tanto en el plano local como federal frente a un posible menoscabo de ciertos derechos humanos, enfatizando en particular lo indicado por el C.D.E.S.C.⁷⁷ De modo más reciente, en el fallo “*Aquino, Isacio*”⁷⁸, se ratificó dicha interpretación y se citó la doctrina del C.D.E.S.C. En consecuencia, las Observaciones Generales emanadas de ese Comité, establecen criterios de interpretación y estándares de derechos que deben ser cumplidos por los órganos competentes, bajo pena de generar al Estado responsabilidad internacional.

⁷⁶ CSJN, *Campodónico de Beviacqua*, 2000, Fallos, 323 : 3229.

⁷⁷ “(D)ado que la interpretación del alcance y significado de los derechos y obligaciones establecidas por el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] corresponde en última instancia a la autoridad designada por el propio Pacto -el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, que a su vez delegó esa facultad en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-, los jueces nacionales deben tener en cuenta esa interpretación ante una controversia en sede interna, so consecuencia de provocar, en caso contrario, una opinión negativa sobre el cumplimiento de las obligaciones del Estado en sede internacional.” (Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p.76).

⁷⁸ En esa oportunidad, el Máximo Tribunal sostuvo: “Cuadra poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del P.I.D.E.S.C. en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.” (CSJN, *Aquino*, 2004, Fallos,327:3753).

A su vez, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, la obligación de no regresividad, en tanto obligación negativa constituye, una de las obligaciones típicamente de revisión tanto por tribunales de justicia en el ámbito doméstico de los Estados como por órganos o tribunales de derechos humanos⁷⁹. El principio de no regresividad, de este modo, funciona como una suerte de **control agravado de razonabilidad**⁸⁰.

El magistrado frente a la adopción de medidas tomadas por los poderes políticos deberá considerar no solamente si las medidas son razonables sino que, además, deberá analizar si dichas medidas no empeoran la situación de la reglamentación del derecho vigente, desde el punto de vista del alcance y amplitud de su goce⁸¹.

En conclusión, más allá del delito de usurpación y de la propiedad privada, en los casos referentes a un desalojo forzoso anticipado, el juez debe evaluar ante todo los derechos humanos insatisfechos para formar una decisión. Debe realizar ese control agravado de constitucionalidad de toda norma que afecte un derecho humano, como es el derecho a la vivienda adecuada.

Con esto pretendo demostrar que una solución del juez en lo penal que no cumpla con lo mencionado, representa, **en sí**, una violación al principio de no regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Ese acto judicial que resuelve una medida cautelar, para el caso concreto, desconociendo los derechos humanos involucrados puede, respecto de un grupo de personas, restringir la amplitud y goce del derecho a una vivienda adecuada,

⁷⁹ Rossi, Julieta, *op. cit.*, p. 87.

⁸⁰ Ver Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, pp. 96 y 97. “(L)a consagración constitucional de la prohibición de regresividad producida por la asignación de jerarquía constitucional al P.I.D.E.S.C., a partir de la reforma de 1994, ha agregado un nuevo criterio de control de razonabilidad de las leyes y reglamentos cuando se examina judicialmente la adopción de normas que reglamenten los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, la obligación de no regresividad implica un control ‘agravado’ del debido proceso sustantivo (...)” (Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 96). Por otra parte, el 16/12/2009, en la audiencia ante el T.S.J. por acción declarativa de inconstitucionalidad del Decreto 960/08, la Asesora General Tutelar de la C.A.B.A. en la pág. 6 de su alegato, resaltó: “La prohibición de regresividad funciona como un control agravado de razonabilidad que los jueces deben hacer de las normas, y, cuando se acredita que las reglas en cuestión implican una regresión en materia de derechos, estas normas se presumen inconstitucionales. Esta presunción, a su vez, implica la inversión de la carga de la prueba, por lo que, en caso de dudas, el juez debe hacer lugar al cuestionamiento de las medidas impugnadas. El Estado no sólo debe dar razones para justificar la modificación de las reglas cuando éstas vulneran el principio de no regresividad, sino que además las justificaciones alegadas deben ser evaluadas bajo un escrutinio estricto.”

⁸¹ Rossi, Julieta, *op. cit.*, p. 87.

ubicándolos en una situación más penosa de la que ya se encontraban al momento del proceso⁸².

Por ello, cuando la primera respuesta del Estado es agregar el elemento de la coerción penal frente a la ocupación de terrenos o casas, tal actitud implica, por sí sola, empeorar la situación de un derecho vigente y desmejorar la situación anterior al inicio de las actuaciones⁸³.

En similar sentido, Gil Domínguez expresó: *“Sería muy cruel e inhumano agregar el elemento de la coerción penal a un escenario plagado de omisiones e incumplimientos estatales que imponen el no futuro como una variable constante en la vida de las personas.”*⁸⁴ Asimismo, la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal al momento de sobreseer a una persona que supuestamente había usurpado terrenos públicos al construir una casilla en terrenos linderos a las vías del tren expresó: *“La respuesta penal no debe ser, en consecuencia, la primera ni la principal respuesta a la que el Estado debería apelar, pues cuando se lo hace apresurada o despreocupadamente, compromete la responsabilidad política del Estado que deberían garantizar”*. (Cámara Federal Criminal y Correccional, Sala I, del 18/12/2007, *Capristo, Cristina s/sobreseimiento*).

Por último, resalto lo establecido por Julieta Rossi, en tanto manifiesta que el estatuto privilegiado que establece el art. 75 inc. 22 de la C.N. respecto de los tratados que versan sobre derechos humanos obliga a los juzgadores a no omitir estos instrumentos como fuente de sus decisiones⁸⁵.

8. Conclusiones.

De todo lo expuesto se derivan las conclusiones que se expresan a continuación.

⁸² Asimismo, la falta de aplicación de los tratados por parte de los tribunales argentinos supondría la adopción de decisiones arbitrarias, por prescindir de la consideración de normas de rango constitucional. Cfr. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 72.

⁸³ Ver Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 97 y Rossi, Julieta, *op. cit.*, p.86.

⁸⁴ Gil Domínguez, Andrés, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁵ Rossi, Julieta, *op. cit.*, p.87.

I. En primer término, destaco que el delito de usurpación tipificado por el art. 181 del C.P. tiene por objeto de tutela un derecho patrimonial, no uno fundamental. Por otra parte, el art. 335 *in fine* del C.P.P.C.A.B.A. permite la restitución anticipada de un inmueble en los procesos iniciados por el delito de usurpación. Aquí observo que, además de la afectación de las garantías constitucionales de las personas sometidas a un proceso penal, se produce una grave violación a los derechos humanos, en particular al derecho a una vivienda adecuada.

II. Al mismo tiempo, debe destacarse que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se halla en una prolongada crisis habitacional. Los grupos sociales más vulnerables buscan diferentes estrategias habitacionales, entre las que se encuentra la ocupación de predios y casas abandonadas. Estos grupos de personas son cosificadas a tal punto que, al momento del desalojo, ni siquiera son oídas previamente.

III. Además, remarco que el derecho a la vivienda es un derecho humano que hace a la dignidad del ser humano y que está ampliamente protegido por el sistema internacional. Como consecuencia, la práctica de los desalojos forzosos se encuentra repudiada en varios instrumentos.

IV. Por su parte, el P.I.D.E.S.C. establece una serie de medidas genéricas a los Estados por las que deben adecuar el marco legal, proveer de recursos efectivos a los afectados por una violación a sus derechos, asegurar la satisfacción de los niveles esenciales de los derechos y respetar la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad.

V. Este principio de no regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales funciona como un control agravado de razonabilidad. Más aún, una solución judicial que omita el tratamiento de los derechos fundamentales implicados en un caso es, en sí, una medida regresiva.

VI. En cuanto al rol del juez en los procesos iniciados por el art. 181 del C.P., es de resaltar que el poder judicial es un poder representativo del Estado, que la efectividad de los derechos humanos no depende sólo de los órganos supranacionales, y en caso de que se omita el tratamiento de los derechos humanos involucrados puede derivarse en la responsabilidad internacional del Estado. Es más, dicha omisión, en virtud de lo establecido en el art. 75 inc. 22 C.N., representa la violación de la Constitución misma.

VII. En otro sentido, por el llamado “*control de convencionalidad*” se obliga al juez a velar por el cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular por lo establecido en el art. 26, que remite a la Carta de la O.E.A., reformada por el Protocolo de Buenos Aires, por la que todos los Estados tienen como meta lograr una vivienda adecuada para todos los sectores de la población.

VIII. Por último, en cuanto a la interpretación del P.I.D.E.S.C., la C.S.J.N. ha dicho que debe estarse a la interpretación realizada por el C.D.E.S.C., que en el tema tratado se representa específicamente en las Observaciones Generales N° 4 y 7.

En conclusión, como dije al inicio de este trabajo, creo conveniente que previa a toda decisión relacionada con una orden de desalojo anticipada, en virtud de la aplicación de una medida cautelar, el juez en lo penal, como representante del Estado, debe analizar todas las cuestiones de derechos humanos del caso. Pues, mientras el delito de usurpación y la norma procesal que lo regula afecten derechos fundamentales de los imputados y no haya una solución legislativa que los contemple, es el magistrado quien debe velar por la Constitución Nacional y los derechos humanos que ella protege.