

**Comentario de las sentencias n.º 38/2021 del Juzgado Letrado
de Familia de 9º Turno y n.º 9/2021 del Tribunal de Apelaciones
de Familia de 2º Turno: Derecho a la vivienda, deber del Estado**

*Commentary on Judgments No. 38/2021 of the Family Law Court of the 9th Round
and No. 9/2021 of the Family Court of Appeals of the 2nd Round:*

Right to Housing, Duty of the State

*Comentário às sentenças n.º 38/2021 da 9ª Vara de Apelação da Família e n.º 9/2021
da 2ª Vara de Apelação da Família: Direito à moradia, Dever do Estado*

Pablo Rodríguez Almada

ORCID: 0000-0002-3682-455X

Universidad Católica del Uruguay

Correo: rodriguezalmadapablo@gmail.com

Recibido: 25/04/2022

Aceptado: 30/10/2022

Resumen: Este artículo analiza la sentencia n.º 38/2021, del 5 de abril de 2021, expedida por el Juzgado Letrado de Familia de 9º Turno y la sentencia n.º 9/2021, del 3 de mayo de 2021, expedida por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno, confirmatoria de la de primera instancia, con dos discordias. Dichas sentencias resuelven la controversia de una acción de amparo promovida por una de las familias del asentamiento Nuevo Comienzo, posterior a las decisiones judiciales de desocupación de los ocupantes de dicho asentamiento. Se analizan las posturas adoptadas por la Jueza Letrada de Familia de 9º Turno, la mayoría del Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno y las dos discordias a la sentencia de segunda instancia. Se concluye que el control de constitucionalidad y convencionalidad realizado por los jueces permitió arribar a soluciones innovadoras, que tutelan los derechos consagrados en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos.

Palabras clave: derecho a la vivienda; deber del Estado; control de constitucionalidad; control de convencionalidad; jurisprudencia; derechos humanos.

Abstract: This article analyzes judgment No. 38/2021 dated April 5, 2021, issued by the 9th Shift Family Law Court and judgment No. 9/2021 dated May 3, 2021, issued by the Court of Family Appeals of 2nd Turn, confirming the first instance, with two disagreements. Said sentences resolve the controversy of an amparo action promoted by one of the families of the New Beginning [Nuevo Comienzo] settlement, after the judicial decisions to vacate the occupants of said settlement. The positions adopted by the Family Law Judge of the 9th Round, the majority of the Family Court of Appeals of the 2nd Round and the two discords to said sentence of second instance are analyzed. It concludes that the control of constitutionality and conventionality carried out by the judges allowed arriving at innovative solutions that protect the rights enshrined in the Constitution and in international human rights instruments.

Keywords: right to housing; duty of the State; control of constitutionality; control of conventionality; jurisprudence; human rights.

Resumo: Este artigo analisa a sentença n.º 38/2021 de 5 de abril de 2021, emitida pela 9ª Vara de Apelação da Família e a sentença n.º 9/2021 de 3 de maio de 2021, emitida pela 2ª Vara de Apelação da Família, confirmando a sentença de primeira instância, com duas discordâncias. Estas decisões resolvem a controvérsia de uma ação de amparo movida por una das famílias do assentamento Nuevo Comienzo, após as decisões judiciais de despejo dos ocupantes do assentamento. São analisadas as posições adotadas pelo Juiz da 9ª Vara da Família, a maioria da 2ª Vara da Família e as duas discordâncias da sentença de segunda instância. Conclui-se que o controle da constitucionalidade e da convencionalidade realizado pelos juízes permitiu soluções inovadoras que protegem os direitos consagrados na Constituição e nos instrumentos internacionais de direitos humanos.

Palavras-chave: direito à moradia; dever do Estado; controle da constitucionalidade; controle da convencionalidade; jurisprudência; direitos humanos.

Introducción

Las sentencias analizadas resuelven una acción de amparo promovida por una de las familias que había ocupado el asentamiento Nuevo Comienzo. Hubo tres acciones de amparo de diferentes familias del dicho asentamiento que fueron acogidas por la justicia de familia, entre ellas la analizada en el presente artículo.

El proceso se inició porque existía una resolución judicial de la justicia penal que formalizaba a las familias que habitaban el asentamiento referido por los delitos de usurpación y hurto de energía eléctrica (Rodríguez Almada, 2021b).

La familia que promovió la acción estaba con la “espada de Damocles” de que se debía retirar del asentamiento a la brevedad, esto es el 5 de abril de 2021, e iban a quedar en situación de calle.

Señala la sentencia n.º 38/2021 del Juzgado Letrado de Familia de 9º Turno:

Los propietarios del terreno acudieron a la vía penal contra todos los ocupantes bajo la acusación de los delitos de usurpación y hurto de energía eléctrica, que se tramitó ante el Juzgado Letrado penal del 44 turno.

El avanzado expediente determinó que se dictara el decreto n.º 436-2021, que dispone para Carla Tamasco, **Marcelo Zubeldia** y Stefany Bentancour, la “prohibición de concurrir a partir del día 4 de abril del 2021 al predio rural ubicado entre las zonas calle Camino Ferres, Camino San Fuentes, Camino Burdeos y Camino Dellazotta” es decir abandonar

los ranchitos en que habita junto a su familia que consta de varios niños cuyos derechos fundamentales se encuentran en riesgo¹

Confirma esta idea la sentencia n.º 9/2021 expedida por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno, señalando respecto a la desocupación del predio por parte de la familia accionante:

El propio Estado ha intimado irse de un lugar sin reparar que no hay posibilidades que la siguiente noche los niños duerman en familia y bajo techo [...].

Sin dudas, en el caso estaba en juego el derecho de estabilidad en la vivienda, que en la justicia penal había colisionado con el derecho de propiedad privada.

Señala el profesor Arturo Yglesias (2008) respecto del derecho de propiedad privada y el derecho a la vivienda, que “Tanto desde la teoría como desde la práctica se aprecian ciertas “disfunciones” entre la propiedad privada y el “derecho a la vivienda” también consagrado por la Constitución de la República (1967).

Además, en el caso existían omisiones legislativas y administrativas inconstitucionales e inconventionales que las sentencias repararon.

En un momento de crisis sanitaria y económica, que provocó el aumento de la pobreza e indigencia, fue fundamental el rol del Poder Judicial para tutelar a las familias del asentamiento Nuevo Comienzo, cuando existió vulneración de derechos consagrados en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Uruguay (Rodríguez Almada, 2021b), como el derecho a la estabilidad en la vivienda.

Lo referido es un argumento que esgrime el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno al señalar: “Estando el país sumido a una crisis que afecta el trabajo y los ingresos de los sectores más desfavorecidos de la población” (Considerando 2º párrafo 5º de la sentencia definitiva n.º 9/2021).

En definitiva, se analiza cómo las sentencias referidas realizan control de constitucionalidad y convencionalidad, a efectos de arribar a soluciones modernas, que tutelan derechos consagrados en la Constitución y en instrumentos internacionales de

¹ Resaltado del autor.

derechos humanos, subsanando omisiones legislativas y administrativas inconstitucionales e inconvencionales.

Sentencias analizadas

Pretensión

En los Considerandos de la sentencia n.º 38/2021, del 5 de abril de 2021, expedida por la Jueza Letrada de Familia de 9º Turno, se expresa la causa de la acción de amparo señalando:

La acción de amparo incoada se finca, en que en el predio donde habitan los niños Micaela y Valentín Zubeldia Díaz, cuyos padres ocuparon un predio junto a otras familias llamado Asentamiento “Nuevo Comienzo” deben abandonar el predio el día 5 de abril del 2021 (numeral IV de los Considerandos de la sentencia definitiva de primera instancia n.º 38/2021).

La acción de amparo contra el Estado uruguayo —Poder Ejecutivo— Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial (MVOT) es promovida por una de las familias que ocupó el asentamiento. Los actores son los señores Marcelo Zubeldia y Mónica Janet Díaz, ambos por sí y en representación de sus hijos menores Valentín y Micaela Zubeldia Díaz (párrafo 1º del numeral 1º de los Resultandos de la sentencia definitiva de primera instancia n.º 38/2021).

Argumenta la defensa de la parte actora que han sido vulnerados los derechos fundamentales como lo son el derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la integridad física y emocional, así como el derecho a vivir en familia y a una vivienda digna, todos derechos tutelados por la Constitución y tratados internacionales. Además, destaca que existió una violación al principio de igualdad, y que el Estado uruguayo ha ratificado tratados y convenciones que consagran los derechos de niños, niñas y adolescentes (antepenúltimo párrafo del numeral 1º de los Resultandos de la sentencia definitiva de primera instancia n.º 38/2021).

Señala la defensa de los actores: “Es un caso de ilegitimidad manifiesta, en base a que el estado uruguayo a través del MVOTMA actúa con ilegitimidad al no tomar en consideración de manera general situaciones como la de autos” (penúltimo párrafo del numeral 1º de los Resultandos de la sentencia definitiva de primera instancia n.º 38/2021).

En definitiva, los accionantes impetran que se condene al Estado a brindar una solución habitacional —vivienda digna con seguridad en la tenencia— con plazo de 24 horas, bajo apercibimiento de sanciones económicas previstas en la Ley n.º 16.011 (último párrafo del numeral 1º de los Resultandos de la sentencia definitiva de primera instancia n.º 38/2021).

Sentencia n.º 38/2021 del 5 de abril de 2020, expedida por el Juzgado Letrado de Familia de 9º Turno

Fallo

La sentencia expedida por la Jueza Letrada de Familia de 9º Turno, la Dra. Liliana Brusales, resolvió en el fallo hacer lugar a la acción de amparo, condenando al MVOT a brindar de forma inmediata una solución habitacional a los actores en el plazo de 72 horas.

Excepción de incompetencia

Lo primero a resolver por la Sede de Familia, que importa en el presente artículo, es la excepción de incompetencia opuesta por la demandada. La accionada manifestó en la audiencia de precepto que oponía la excepción de incompetencia porque la competencia en materia de familia, de acuerdo al artículo 69 de la Ley n.º 15.750 (Ley Orgánica de la Judicatura y de la Organización de los Tribunales), comprende temas como el nombre, el estado civil y la capacidad de las personas, las relaciones personales y patrimoniales entre los integrantes de la familia legítima y natural, por lo tanto, la Sede de Familia resultaba incompetente para resolver un tema de vivienda (párrafos 4 y 5 del numeral 3º de los Resultandos de la sentencia definitiva de primera instancia n.º 38/2021).

En el capítulo de “Excepción de incompetencia” de los Considerandos de la sentencia definitiva n.º 38/2021, señala la Sra. Jueza Letrada de Familia de 9º Turno:

Que se desestimaré la excepción de incompetencia, en base a lo siguiente.

En el caso a estudio, se trata de tutelar los derechos fundamentales de los niños M. y V. Z. D. La Institución estatal, que es un Estado de derecho basado en la democracia asume un rol activo cuando se trata de proteger el goce de los derechos humanos de los niños. La propia Constitución de la República, en su artículo 7 consagra los derechos y por lo tanto, se centra en que todas las personas pueden exigirle al Estado protección en el

goce de sus derechos trascendentales. En base a lo fundamentado, no se acogerá la excepción de incompetencia planteada.

Excepción de caducidad

Respecto de la excepción de caducidad, la demandada señala que el inicio del plazo para promover la acción de amparo por omisión y obligación incumplida por parte del Estado se produce una vez constatada la supuesta omisión del Estado de proporcionar vivienda, por lo tanto, a partir de la ocupación ilegal del inmueble —asentamiento Nuevo Comienzo— por parte de los accionantes estos contaban con un plazo de 30 días para iniciar la acción.

En el capítulo de “Excepción de caducidad” de los Considerandos de la sentencia definitiva n.º 38/2021, la jueza de la causa señala que existe una omisión por parte del Estado, pero este acto de lesividad es continuado, por lo que el plazo no comienza a correr.

Cuestión de fondo respecto de la ilegitimidad manifiesta

Señala la sentencia que de la prueba que surge de autos se configuró la ilegitimidad manifiesta. Respecto del significado del vocablo *manifiesta*, citando la doctrina argentina (Bidart Campos), la Sede de Familia señala que equivale a clara, notoria, indudable, cierta, ostensible y palmaria.

El fallo se fundamenta en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, la Constitución y la Ley n.º 13.728, esta última promulgada en diciembre del año 1968.

Surge de la sentencia que el derecho a la vivienda ha sido reconocido en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en instrumentos universales como regionales. En primer término, en la sentencia se menciona el artículo 25.1 de la **Declaración Universal de Derechos Humanos** que reza:

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 u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su

voluntad (numeral V de los Considerandos de la sentencia definitiva n.º 38/2021)²

Y más adelante transcribe el artículo 25.2, señalando: “la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone: ‘La maternidad y la infancia tienen derechos a cuidados y asistencia especiales’” (numeral VII de los Considerandos de la sentencia definitiva n.º 38/2021).

En segundo término, refiere a los artículos XI y XXIII de la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** que señalan:

Artículo 11. Derecho a la preservación de la salud y al bienestar: 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.

Artículo 23. Derecho a la propiedad: Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar (numeral V de los Considerandos de la sentencia definitiva n.º 38/2021).³

En tercer lugar, nombra al artículo 26 de la **Convención Americana de Derechos Humanos** (CADH), que se encuentra en el capítulo II “Derechos Económicos, Sociales y Culturales” y expresa:

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 (numeral V de los Considerandos de la sentencia definitiva n.º 38/2021).

² Resaltado del autor.

³ Resaltado del autor.

En cuarto lugar, refiere al artículo 5 literal e iii de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que señala:

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 y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: **e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: iii) El derecho a la vivienda** (numeral V de los Considerandos de la sentencia definitiva n.º 38/2021).⁴

Finalmente, menciona como argumento el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (PIDESC) al señalar la sentencia:

Huelga, recordar, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual **inserta el derecho a la vivienda** en el muy comprensivo derecho a un **nivel de vida adecuado**: “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 (art. 11.1) (numeral V de los Considerandos de la sentencia definitiva n.º 38/2021).⁵

Refiriéndose a la tutela de los niños de autos, la sentencia menciona el artículo 27.1 de la **Convención Sobre los Derechos del Niño** (CDN), que señala: “Los Estados Partes reconocen el **derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social**” (numeral V de los Considerandos de la sentencia definitiva n.º 38/2021).⁶

Refiriéndose a la CDN, la sentencia menciona:

⁴ Resaltado del autor.

⁵ Resaltado del autor.

⁶ Resaltado del autor.

Esta Convención infundió en nuestra legislación interna las directrices sobre los derechos humanos de la infancia y la necesidad de implementar **la llamada doctrina de la protección integral** de derechos de niños, niñas y adolescentes y sus nuevas prácticas.

A partir de allí aparece el reconocimiento a favor del niño, niña o adolescente como un sujeto pleno de derechos que ejerce y puede exigir la restitución de sus derechos (numeral VII de los Considerandos de la sentencia definitiva n.º 38/2021)

Además, la sentencia manifiesta:

Especialmente los niños, al ser el colectivo más vulnerable en todos los aspectos [...] deberían de contar con toda la ayuda por parte de los **gobiernos** para que el derecho al hogar sea una realidad. Tienen el **derecho a tener una vivienda** [...]. Además de ser una vivienda, debe ser un hogar donde el niño pueda vivir con comprensión, tolerancia, amistad, amor y protección [...]. Los niños necesitan un hogar donde convivir con su familia, alimentarse, jugar, descansar y desarrollarse (numeral VII de los Considerandos de la sentencia definitiva n.º 38/2021).

La sentencia transcribe el artículo 19 de la CADH, que señala: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (numeral VII de los Considerandos de la sentencia definitiva n.º 38/2021).

Además, cita las **Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (Com. DESC) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que según la sentencia “es el intérprete autorizado en el plano universal” del PIDESC.

Señala que la observación 4 del Com. DESC (1991), basándose en el artículo 11.1 del PIDESC: “proporciona una guía detallada a los Estados con respecto a sus obligaciones de respetar, proteger y realizar el derecho a una vivienda adecuada” (numeral VII de los Considerandos de la sentencia definitiva n.º 38/2021).

A su vez, menciona que la observación 7 del Com. DESC (1997) confirmó que: “los desalojos forzosos sólo pueden justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional, tales como los Principios Básicos y Directrices sobre los Desalojos y el Desplazamiento Generados por

el Desarrollo” (numeral VII de los Considerandos de la sentencia definitiva n.º 38/2021).

La sentencia de la jueza *a quo* cita dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, los casos *Alvarez vs. Cencosud S. A.*, de diciembre de 2010, y “*Torrillo*”, de marzo de 2009, para fundamentar que la Com. DESC es el intérprete autorizado del PIDESC en el plano universal (numeral VII de los Considerandos de la sentencia definitiva n.º 38/2021).

Respecto de la **Constitución uruguaya**, la jueza de la causa menciona para fundamentar su fallo los artículos 45, 72 y 332.

En relación con el artículo 45 de la Constitución, que consagra el derecho de todo habitante de la república a una vivienda decorosa y el mandato al legislador para que propenda a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición, señala: “Lo que quiere decir que es el Estado quien debe realizar las acciones necesarias para favorecer el acceso de toda la población a una vivienda digna” (numeral VII de los Considerandos de la sentencia definitiva n.º 38/2021).

Finalmente, la sentencia menciona el artículo 1º de la ley n.º 13.728, que refiere al **Plan Nacional de Viviendas**, que establece: “toda familia cualesquiera sean sus recursos económicos, debe de poder acceder a una vivienda” (numeral VIII de los Considerandos de la sentencia definitiva n.º 38/2021).

Sentencia n.º 9/2021, del 3 de mayo de 2021, expedida por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno

Fallo

La sentencia expedida por el Tribunal de Apelaciones de Familia (TAF) de 2º Turno, por mayoría de sus integrantes —ministros Cavalli Asole (redactor), Álvarez Martínez y Messere—, confirmó la sentencia dictada por la Jueza Letrada de Familia de 9º turno.

Excepción de incompetencia

El Juzgado Letrado de Familia de 9º Turno rechazó la excepción de incompetencia opuesta por la demandada, y esta no apeló la sentencia en este aspecto, por lo que existe *cosa juzgada* respecto de este punto. Por ende, no fue necesario que el TAF de 2º Turno analizara dicha excepción.

Excepción de caducidad

La demandada se agravió porque la jueza *a quo* no acogió la excepción de caducidad opuesta por aquella.

El Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno rechazó dicho agravio, al decir en el mismo sentido que la jueza de primera instancia, que si bien el artículo 195 del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) señala que la acción de amparo debe ser promovida dentro de los 30 días a partir de que se produjo el acto, hecho u omisión, la sala entiende que, tratándose de una omisión continuada, cuya entidad va en aumento haciéndose insoportable, el plazo de caducidad no ha comenzado a correr sino hasta que la omisión haya cesado.

Más adelante señala la mayoría del TAF de 2º Turno sobre la excepción analizada:

el riesgo en la afectación de derechos está vigente y no debe juzgarse la situación aislada, con mirada abstracta, sin tener en cuenta que a cada momento que pasa, con la suma de impedimentos al derecho a acceder a una vivienda digna se hace cada vez más difícil obtenerla, al punto que el propio Estado ha intimado irse de un lugar sin reparar que no hay posibilidades que la siguiente noche los niños duerman en familia y bajo techo, siendo la alternativa la formalización penal de los adultos (Considerando 2º párrafo 1º de la sentencia definitiva n.º 9/2021).

Finalmente, la sentencia fundamenta el rechazo de la excepción de caducidad, basándose en la jurisprudencia que refiere a la teoría del delito continuado o instantáneo con efectos sostenidos en el tiempo, citando sentencias anteriores del TAF de 2º Turno y del Tribunal de Apelaciones en lo Civil (TAC) de 5º Turno.

Además, la mayoría del TAF de 2º Turno utiliza otro argumento, recogido de una sentencia del TAC de 6º o 4º Turno (no es claro de qué tribunal se trata): el principio de razonabilidad o criterio del plazo razonable. Así, señalan:

Estando el país sumido a una crisis que afecta el trabajo y los ingresos de los sectores más desfavorecidos de la población, habiendo los actores procurado por diversos medios acceder a un techo, estando intimados a irse a la calle por el propio Estado uruguayo, bajo apercibimiento de juicio penal, razonablemente puede concluirse que lo intentaron como lo pudieron hacer y llegó el punto en que la violación del derecho fue tal,

que decidieron iniciar esta acción (Considerando 2º párrafo 5º de la sentencia definitiva n.º 9/2021).

Otro argumento del TAF de 2º Turno es el principio *pro homine* o *pro persona*, destacando que dicho principio se basa en que los derechos inherentes a la persona humana deben ser protegidos frente al accionar u omitir ilegítimos del Estado.

Cuestión de fondo respecto de la ilegitimidad manifiesta

La sentencia comienza su argumentación con un fundamento de origen histórico:

Debe asumirse que, en las más profundas raíces de nuestra Nación, hubo con antelación de más de un siglo, casi dos, normas que perfectamente deben tenerse presente a la hora de juzgar los agravios de la apelación. Concretamente, José Artigas ante la situación de calamidad que vivían las gentes de nuestra Campaña, estableció el principio de que, en la consideración de asignación de tierras, debía procederse en base al principio (“la prevención”) de que “los más infelices fueran los más privilegiados”. Y además -se reitera con normas que precedieron muchas décadas a la formulación del derecho de origen internacional que se invocará- se llamó a considerar la situación de mujeres, de los americanos trabajadores más laboriosos y de los que tuvieran hijos (Considerando 4º párrafo 2º de la sentencia definitiva n.º 9/2021).

A continuación describe la situación dramática de los accionantes:

Una pareja con dos hijos pequeños que han llegado a vivir en condiciones habitacionales de absoluta miseria [...]. Hoy sus ingresos apenas le permiten alimentarse y no tienen dinero para procurarse una vivienda con sus servicios [...]. Un mínimo de razonabilidad, de aplicación de los principios artiguistas mencionados u otros de los que ha hecho gala la Nación durante décadas, por ejemplo, a través de las facilidades del plan Mevir, llevan a no compartir los agravios que se basan en un presunto actuar ilícito de los actores (Considerando 4º párrafo 3º de la sentencia definitiva n.º 9/2021).

Fundamenta el fallo, en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, poniendo el acento en el artículo 11.1 del PIDESC y en las observaciones 4 y 7 del Com. DESC.

Señala que el derecho a una vivienda adecuada abarca determinadas libertades, a saberse: protección contra el desalojo forzoso, y la destrucción y demolición arbitrarias del hogar, derecho a ser libre de injerencias arbitrarias en el hogar, a la privacidad y a la familia, derecho a elegir la residencia, a determinar dónde vivir y el derecho a la libertad de circulación.

Además, manifiesta que el derecho a una vivienda adecuada contiene otros derechos, como la seguridad de la tenencia, la restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio, el acceso no discriminatorio y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada, entre otros (Considerando 4º párrafo 5º de la sentencia definitiva n.º 9/2021).

Más adelante, la mayoría del TAF de 2º Turno señala que para que una vivienda sea adecuada no alcanza con “cuatro paredes y un techo”, sino que debe reunir como mínimo los siguientes criterios: la seguridad de la tenencia, disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura (como agua potable, instalaciones sanitarias adecuadas, energía para cocción de alimentos, calefacción, alumbrado y conservación de alimentos y eliminación de residuos), asequibilidad (que el costo de la vivienda no puede poner en peligro otros derechos humanos), habitabilidad (que debe garantizar la seguridad física, espacio suficiente, protección contra el frío, el calor, la humedad, la lluvia, el viento y otros riesgos para la salud y peligros estructurales), accesibilidad (que se deben tomar en consideración las necesidades específicas de los grupos desfavorecidos y marginados), ubicación (la vivienda debe asegurar acceso al empleo, servicios de salud, guarderías o escuelas, y no debe estar ubicada en zonas contaminadas o peligrosas) y adecuación cultural (que se debe considerar y respetar la expresión de la identidad cultural) (Considerando 4º párrafo 6º de la sentencia definitiva n.º 9/2021).

La mayoría del TAF de 2º Turno fundamenta el fallo en el artículo 27 de la CDN, artículos 40 a 42 y 45 de la Constitución y artículo 12 del CNA, esta última norma refiere a que los niños, niñas y adolescentes no pueden ser separados de su familia por motivos económicos.

A su vez, el ministro Messere agrega en su fundamentación el artículo 3 de la CDN y 6 del CNA, que consagran el principio del interés superior del niño, y los artículos 8 y 72 de la Constitución, que consagran el principio constitucional de igualdad que “exige una discriminación positiva a favor del que ha quedado en desventaja, para que la igualdad en el disfrute de los derechos humanos del niño sea no solo formal sino efectiva” (Considerando 4º párrafo 17 de la sentencia definitiva n.º 9/2021).

La mayoría del TAF de 2º Turno, luego de citar el artículo 1º de la ley n.º 13.728, transcrito *ut supra*, y la ley n.º 16.112, que determina que el MVOT sea el rector de las políticas públicas en materia de vivienda, señala que el Estado —Poder Ejecutivo— MVOT se encuentra legitimado pasivamente en autos.

Respecto de la ilegitimidad manifiesta, la sentencia menciona que surge de la omisión del MVOT de otorgar una vivienda adecuada a los accionantes. Se menciona a este respecto:

En el caso del amparo promovido con fundamento en el art. 195 del C.N.A., entienden las autoras —profesoras Klett y Baluga—, lo que es compartido por los firmantes, que este requisito debería ser analizado en atención a los derechos en juego y al carácter de vulnerables de los sujetos de la protección, con mayor flexibilidad, por lo menos al examen liminar de la demanda [...] debe considerarse particularmente la naturaleza de la especial tutela que corresponde a los niños y adolescentes (Considerando 4º párrafo 22 de la sentencia definitiva n.º 9/2021).

En este punto, finaliza la sentencia del TAF de 2º Turno fundamentando su posición de la ilegitimidad manifiesta, en una sentencia del TAC 2º Turno (sentencia 138/2012) en la cual uno de los miembros de dicho tribunal es el actual ministro de la Suprema Corte de Justicia (SCJ) Tabaré Sosa (Considerando 4º párrafo 23 de la sentencia definitiva n.º 9/2021).

Pronunciamiento disorde de la Sentencia n.º 9/2021 expedida por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno

Excepciones opuestas por el MVOT

El voto disorde del ministro Mirabal, que comparte *in totum* la ministra Díaz (el otro voto disorde), refiere a la decisión de fondo, compartiendo la desestimatoria de las excepciones opuestas por la demandada.

Cuestión de fondo respecto de la ilegitimidad manifiesta

Respecto de la decisión de fondo, comienza analizando el artículo 45 de la Constitución, que sirvió de fundamento a las sentencias de primera instancia y a la mayoría del TAF de 2º Turno.

Menciona leyes que dan cumplimiento a la norma constitucional: Ley n.º 9.723, de 1937, que crea el Instituto Nacional de Viviendas Económicas; Ley n.º 13.728, de 1968, que aprueba el Plan Nacional de Viviendas, reestructurado a través de la Ley n.º 16.237, de 1992; Ley n.º 16.112, de 1990, que crea el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente; y Ley n.º 18.125, de 2007, que crea la Agencia Nacional de Vivienda.

A su vez, señala que el artículo 45 de la Constitución y el artículo 1º de la Ley n.º 13.728 son normas programáticas. Respecto del artículo 45 de la Constitución, manifiesta que no garantiza el derecho inmediato de cada ciudadano a disponer de la vivienda en las condiciones a que se alude, es decir, a una vivienda decorosa. Agrega que el artículo 1º de la Ley n.º 13.728 no obliga al Estado a proporcionar satisfacción habitacional a los ciudadanos, sino a crear las condiciones a tal efecto.

Mirabal menciona que la Ley n.º 18.125 crea la Agencia Nacional de Vivienda como servicio descentralizado, y con ello la legislación posterior a la Constitución dio cumplimiento a la norma constitucional.

Interpretando el artículo 27 de la CDN respecto del derecho al acceso a la vivienda de niños, niñas y adolescentes, el ministro Mirabal señala que la Convención, a efectos de dar cumplimiento a dicho derecho, obliga a los Estados parte a proporcionar asistencia material y programas de apoyo, particularmente entre otros respecto a la vivienda, y que la mayoría de los Estados que suscribieron el tratado no estaban en condiciones materiales para dar cumplimiento a una obligación mayor con carácter de urgencia inminente sin poner en riesgo su estabilidad económica.

Finalmente, el ministro discordante señala que a pesar de “la desesperante situación de los actores, entiendo que no hay norma que fundamente la presente acción de amparo” (numeral 3º de la discordia del ministro Mirabal).

Y citando los literales C y F del artículo 9º de la Ley n.º 17.866, que determinan las competencias del Ministerio de Desarrollo Social —el primer literal refiere a garantizar el pleno ejercicio de los derechos sociales; el segundo, a la implementación, ejecución y coordinación de Programas de Atención a la Emergencia Social de los que se encuentran en la indigencia y extrema pobreza con la finalidad del mejoramiento de sus condiciones de vida y su integración social—, Mirabal señala que existe otra vía más directa para la solución de la problemática de los accionantes que debieron cursar previamente, atento a su desesperada situación.

Análisis de las posiciones jurisprudenciales

Excepciones opuestas por la demandada

La **excepción de incompetencia**, resuelta por la jueza *a quo* —Dra. Liliana Brusales— rechazándola, que no fue apelada por la demandada, aplicó en forma correcta el artículo 195 inciso final del CNA, que es la norma jurídica que determina la competencia de los Juzgados Letrados de Familia en casos en que se plantea una acción de amparo por vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, cuando no haya, como en el caso, otros medios que sean eficaces para tutelar los derechos vulnerados.

Respecto de la **excepción de caducidad**, ambas sentencias concluyeron en forma correcta que la omisión por parte del Estado es continuada y el plazo de caducidad de 30 días comienza a computarse con posterioridad a que cese la omisión lesiva de derechos, utilizando el mismo razonamiento que para determinar el comienzo del cómputo del plazo de prescripción en los delitos continuados.

Cuestión de fondo

Las sentencias de la Justicia de Familia analizadas —Juzgado Letrado de Familia de 9º Turno y mayoría del TAF de 2º Turno— asumen posiciones novedosas y modernas.

Las sentencias son novedosas porque es la primera vez en la historia judicial del Uruguay que jueces condenaron al Estado a hacer entrega de una vivienda a familias con niños y niñas en situación de vulnerabilidad en la estabilidad en la vivienda. Ya existía un antecedente de un caso tramitado ante el Juzgado Letrado de Familia de 26º Turno —jueza Ivón Olivera—, en el cual los niños y sus padres corrían riesgo de vida por las condiciones edilicias de la vivienda que ocupaban, puesto que tenía peligro de derrumbe. La magistrada logró un acuerdo con el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, que otorgó un subsidio por alquiler por dos años, y el Ministerio de Desarrollo Social dio ayuda a la familia, subvencionando los costos del servicio de energía eléctrica (UTE) y de agua potable (OSE). Todo esto permitió que la familia, que vivía en condiciones de hacinamiento, lograra la seguridad en la tenencia de una vivienda adecuada, en un lugar cercano a los centros de estudio de los niños, con buena locomoción y con buenas condiciones edilicias (Piccinino, 2021, p. 237).

Respecto del asentamiento Nuevo Comienzo, existieron tres acciones de amparo promovidas por familias ocupantes de dicho predio (Piccinino, 2021, p. 238) que

fueron acogidas por los Juzgados Letrados de Familia de 12º Turno —a cargo de la Dra. Ana Iris Bueno Muñecas—, de 13º Turno —a cargo del Dr. Daniel Erserguer— y la última es la que estamos analizando del Juzgado Letrado de Familia de 9º Turno, expedida por la Dra. Liliana Brusales (Rodríguez Almada, 2021b).

En su momento, el profesor Diego Gamarra en el programa *En Perspectiva* (2021) manifestaba: “creo que la sentencia es una muy buena noticia. Efectivamente es una novedad en la manera en la que se vienen exigiendo y haciendo cumplir los derechos bajo la Constitución uruguaya [...] en general [las sentencias] están bien fundadas”.

No hay que olvidar que las familias debían retirarse del asentamiento Nuevo Comienzo a principios de abril de 2021, por tanto, iban a quedar en situación de calle. Es fundamental señalar que esas familias están integradas por niños, niñas y adolescentes, en el caso analizado un niño y una niña.

Las sentencias analizadas adoptan posiciones jurisprudenciales modernas porque fundamentan sus fallos en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Uruguay (Rodríguez Almada, 2021b). En ambas sentencias se realiza un control de constitucionalidad y de convencionalidad.

Control de constitucionalidad. Omisiones legislativas y administrativas inconstitucionales

En el ordenamiento jurídico uruguayo, desde la Constitución de 1934, a través de la cual Uruguay se transformó en un Estado social de derecho, la tendencia doctrinal y jurisprudencial fue interpretar que el control de constitucionalidad le correspondía en exclusividad a la SCJ, puesto que era el único órgano que podía declarar la inconstitucional de los actos legislativos, de acuerdo al artículo 257 de la Constitución.

Pero existe una tendencia doctrinal reciente del Estado Constitucional, por influencia del constitucionalismo europeo posterior a la Segunda Guerra Mundial — Constitución italiana de 1947, Constitución alemana de 1949, a las que siguieron las Constituciones portuguesa de 1976 y española de 1978—, que tiende a la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

El jurista italiano Ricardo Guastini, citado por Durán Martínez (2009), señala respecto de este fenómeno jurídico que:

El ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se

caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida [...] capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales (p. 73).

Por su parte, Konrad Hesse, citado por Risso Ferrand: “La Constitución requiere que sea ‘realizada’, que se transforme en un orden vivido, formador y conformador de la realidad histórica” (2017, p. 35). Como manifiesta Zagrebelsky (2016) acerca de lo que él llama *normas constitucionales de principio* en el Estado constitucional:

Las reglas jurídicas que caen en el ámbito de disponibilidad del legislador comenzaran a concebirse sólo como una de las “caras” del derecho. Se establecerá como normal exigencia la de hacerla “concordar” con la otra cara, la de los principios contenidos en la Constitución. La satisfacción de esta exigencia sólo podría ser, en última instancia, competencia de la jurisdicción (p. 113).

Durán Martínez (2009, p. 74), citando a Guastini, señala que una de las características de la constitucionalización del ordenamiento como fenómeno jurídico del Estado Constitucional es la aplicación directa de las normas constitucionales.

Risso Ferrand (2021, p. 89) remarca que en Uruguay, fuera de los casos de la declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos, en los cuales existe un control de constitucionalidad concentrado por parte de la SCJ, el control de constitucionalidad puede ser realizado por cualquier juez o tribunal al pronunciarse en un proceso, tanto para desaplicar normas de inferior jerarquía que no sean actos legislativos —decretos, ordenanzas, acordadas, etc.— o para aplicar normas constitucionales directamente cuando existen omisiones legislativas de reglamentar las mismas, de acuerdo al artículo 332 de la Constitución (Risso Ferrand, 2016, p. 198).

Del Estado liberal decimonónico que confería supremacía absoluta a la ley se pasó al Estado constitucional, que limita el ejercicio del poder, aún del Poder Legislativo (Van Rompaey, 2008, p. 16), en el cual existe una protección y aplicación inmediata por parte de los operadores jurídicos, principalmente los jueces, de los derechos y principios consagrados en la Constitución. Se denomina *juez constitucional* a aquel que aplica la Constitución y principalmente los derechos humanos en su labor jurisdiccional (Risso Ferrand, 2014, p. 81).

Sobre el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico y la aplicación inmediata de la Constitución por parte de los jueces, Risso Ferrand (2014, p. 87) señala que existe en Uruguay una jurisprudencia minoritaria, aunque creciente, que recurre a la Constitución, a los derechos humanos, a los valores constitucionales y a los principios generales para resolver cada caso concreto.

En las sentencias analizadas, se hace un control de constitucionalidad porque fundamentan sus fallos en tres artículos de la Constitución: el artículo 45, que consagra el derecho de los habitantes a una vivienda decorosa y el consiguiente deber del Estado de adoptar políticas públicas para lograr dicho objetivo, al señalar dicha norma jurídica “Todo habitante de la República tiene derecho a gozar de una vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para este fin”; el artículo 72, que consagra los derechos inherentes a la personalidad humana no incluidos en la Constitución, que sirve para que ingresen en la Carta Magna derechos y principios consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Uruguay; y el artículo 332, que posibilita que se apliquen las normas de la Constitución que consagran “derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas”, cuando no hay reglamentación, en forma directa.

El jurista italiano Luigi Ferrajoli (2019) señala que el cambio en la teoría y en la filosofía del derecho al constitucionalismo, que se produjo luego de la Segunda Guerra Mundial, ha impuesto la esfera de lo no decidible por los poderes políticos de mayoría, y esto provoca que ninguna mayoría puede legítimamente no decidir respecto de la satisfacción de los derechos sociales constitucionalmente establecidos, *ergo*, las normas que no se producen contradiciendo la Constitución constituyen vicios, lagunas que deben ser eliminadas.

En la actualidad, el Estado social de derecho es un elemento esencial del Estado Constitucional, puesto que está comprometido con la justicia social (Häberle, 2016, p. 212). Y ese es el rol que están cumpliendo el Juzgado Letrado de Familia de 9º Turno y el TAF de 2º Turno.

En definitiva, en el caso que se resolvió en las sentencias analizadas existieron omisiones legislativas y administrativas inconstitucionales por parte del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo-Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial respectivamente, que el Poder Judicial corrigió.

Como señalaba la profesora Luz Bulnes Aldunate (2006), quien fuera juez del Tribunal Constitucional de Chile, refiriéndose a las omisiones legislativas inconstitucionales: “Para que se origine la omisión legislativa se requiere que el silencio del legislador produzca una situación contraria a la Constitución, sea que exista o no la obligación de legislar una determinada materia” (p. 252).

Señala el profesor portugués Jorge Miranda, citado por Gerardo Eto Cruz (2015, p. 310), que: “La inconstitucionalidad por omisión es una inconstitucionalidad negativa que resulta de la inercia o silencio de cualquier órgano de poder, durante un cierto tiempo, del acto exigido por la Constitución”.

Estas ideas se aplican a las omisiones legislativas y administrativas inconstitucionales. Esto es así porque, como señala la profesora colombiana Marcela Arenas Moreno, “la Constitución posee fuerza normativa vinculante para todos los poderes públicos [...] y por tanto debe primar su supremacía” (2014, p. 6).

El voto disorde del ministro Mirabal, que acompaña la ministra Díaz, en la sentencia de segunda instancia n.º 9/2021, expedida por el TAF de 2º Turno, asume la posición tradicional respecto de la aplicación de las normas programáticas. Señala el voto disorde que los artículos 45 de la Constitución y 1º de la Ley n.º 13.728 son normas programáticas y no obligan al Estado, en forma inmediata, a brindar a cada ciudadano una vivienda digna.

Se debe mencionar, que el artículo 45 de la Constitución existe desde la Constitución de 1934; y el artículo 1º de la ley n.º 13.728, desde el 17 diciembre de 1968, fecha de promulgación de dicha ley.

Al momento de las sentencias habían transcurrido 53 años desde que se promulgara la Ley n.º 13.728 que señala en su artículo 1º “toda familia cualesquiera sean sus recursos económicos, debe de poder acceder a una vivienda”. Por lo tanto, no se puede argumentar que las normas programáticas referidas no se pueden exigir en forma inmediata, puesto que dichas normas son de larga data.

La sentencia expedida por el Juzgado Letrado de Familia de 9º Turno asume una posición jurisprudencial moderna, que sostiene que las normas programáticas que no están reglamentadas se pueden aplicar tratándose de derechos inherentes a la personalidad humana (artículo 72 de la Constitución), aplicando el artículo 332 de la Constitución.

El Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo incurrieron en una vulneración de la Constitución el primero y de la Constitución y la ley el segundo, porque las omisiones

tanto legislativa como administrativa vulneraron derechos fundamentales al existir un mandato constitucional y legal implícito.

A pesar de que las sentencias no lo mencionan, el mismo análisis que se realizó para aplicar en forma directa el artículo 45 de la Constitución, utilizando para integrar el derecho el artículo 332 de la Constitución, se realiza con el artículo 1º de la Ley n.º 13.728, pero en ese caso la norma de integración de la ley referida es el artículo 16 del Código Civil.

Parte de la doctrina argentina (Germán Bidart Campos y Alberto Spota) señala que cuando los poderes políticos —Poder Legislativo y Poder Ejecutivo— omiten expedir la norma reglamentaria de la norma constitucional, y nosotros agregaríamos legal, deben convertirse en operativas por intermedio de un mandato del Poder Judicial al Poder Legislativo o Poder Ejecutivo (Sagües, 1992, p. 43).

En definitiva, las sentencias analizadas, al hacer el control de constitucionalidad, corrigen las omisiones legislativa y administrativa inconstitucionales del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo-MVOT, alcanzando una solución de justicia social.

Señala el jurista estadounidense Ronald Dworkin (2008, p. 252): “Los Estados Unidos constituyen una sociedad más justa de lo que habría sido si se hubieran dejado los derechos constitucionales a la conciencia de las instituciones mayoritarias”.

Dicha idea se aplica al ordenamiento jurídico uruguayo en la actualidad, con la tendencia jurisprudencial de hacer efectivos los derechos sociales consagrados en la Constitución.

Control de convencionalidad. Omisiones inconvencionales

También existe control de convencionalidad, tanto de la Jueza Letrada de Familia de 9º Turno como del TAF de 2º Turno, a través del cual se corrige una omisión inconvencional.

El control de convencionalidad se define como el análisis jurídico que deben realizar los órganos estatales al momento de expedir actos legislativos (en Uruguay leyes o decretos de los gobiernos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción), actos administrativos (reglamentos y resoluciones) y actos jurisdiccionales (sentencias) a efectos de que las decisiones que tomen a través de dichos actos jurídicos no contraríen normas y principios consagrados en instrumentos internacionales (tratados, convenciones) ratificados por Uruguay, en reglas o principios que integran el *soft law* y en sentencias, opiniones consultivas o interpretaciones de los instrumentos

internacionales referidos, expedidas por tribunales internacionales a los que Uruguay ha reconocido su competencia (Rodríguez Almada, 2021a, p. 59).

El control de convencionalidad realizado en las sentencias analizadas es un control horizontal, que es el que realizan los jueces nacionales fallando a partir de lo que disponen la CADH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH; Eto Cruz, 2015, p. 327).

Los profesores Risso Ferrand (2021, p. 318) y Esteva Gallicchio (2012, p. 51) sostienen que el fundamento del control de convencionalidad surge, de acuerdo a la Corte IDH, de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, por los cuales el Estado tiene la obligación de respetar los derechos consagrados en la CADH y de adoptar las medidas internas para hacerlos efectivos, y del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que señala “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado”.

Si dicho control es empleado adecuadamente contribuye a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando tanto sus fuentes internas como internacionales (Bazán, 2014, p. 296).

El voto disorde de la sentencia del TAF de 2º Turno, si bien realiza un control de convencionalidad, porque menciona al artículo 27 de la CDN, es incompleto, porque no menciona el PIDESC, ratificado por Uruguay a través de la Ley n.º 13.751, del 11 de julio de 1969, que en su artículo 11.1 reconoce el derecho de toda persona a una vivienda adecuada; y el artículo 26 de la CADH, que refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, entre los que se encuentra el derecho a la vivienda.

Respecto de la omisión inconvencional, surge de los artículos 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos XI y XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 26 de la CADH y art. 11.1 del PIDESC, que consagran el derecho a la vivienda; del artículo 2.1 del PIDESC, que obliga a los Estados a tomar medidas particularmente legislativas, con miras a lograr progresivamente la plena realización de los derechos reconocidos en el pacto; y del artículo 2 de la CADH, que establece el deber estatal de adoptar disposiciones de derecho interno —medidas legislativas o administrativas— que sean necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención (Bazán, 2014, p. 330).

Señala el profesor Durán Martínez (2018, p. 218) que los derechos sociales fundamentales consagrados en el PIDESC son directamente operativos y justiciables, aunque los Estados no hayan adoptado medidas; que la efectividad de los derechos no

requiere el reconocimiento del derecho positivo; y que si el legislador o la administración no han adoptado las medidas que corresponden para asegurar los derechos sociales, su omisión no impide la actuación del juez.

Existe omisión inconventional porque el Estado no cumplió con el desarrollo o impulso de las normas de derechos humanos referidas al derecho a la vivienda contenidas en el PIDESC y en el artículo 26 de la CADH, tomando medidas legislativas y administrativas para hacer efectivo dicho derecho (Eto Cruz, 2015, pp. 328-329).

El artículo 26 de la CADH consagra el deber de los Estados de tomar medidas a efectos de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los cuales se encuentra el derecho a una vivienda digna. Si bien el artículo 26 de la CADH menciona que los derechos referidos se tienen que hacer efectivos en forma progresiva, dicha Convención fue ratificada a través del artículo 15 de la Ley n.º 15.737 del 8 de marzo de 1985 y, por tanto, es derecho positivo en Uruguay desde esa fecha.

En definitiva, han transcurrido 52 años de la ratificación del PIDESC y más de 35 años de la ratificación de la CADH, plazos más que razonables para poder exigir al Estado que cumpla con el deber que surge del PIDESC y de la CADH, y se plasme el derecho a la vivienda consagrado en dichos instrumentos internacionales de derechos humanos.

En las sentencias analizadas se fundamentan los fallos en instrumentos internacionales de derechos humanos y en principios de origen convencional — principio de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes, y principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, ambos consagrados en la CDN, el principio *pro homine* o *pro persona* y el principio de razonabilidad—, exigiendo a un organismo dentro del Poder Ejecutivo —MVOT— que cumpla la obligación internacional que ha asumido el Estado de proporcionar progresivamente una vivienda digna a sus ciudadanos. El control de convencionalidad es una obligación que deben cumplir todos los órganos del Estado uruguayo a partir de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Gelman vs. Uruguay*.

El párrafo 193 de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Gelman vs. Uruguay*, del 24 de febrero de 2011 sostiene:

Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están

sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “**control de convencionalidad**” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben 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.

El Estado debe respetar el fallo del caso *Gelman vs. Uruguay* porque es un mandato que surge del artículo 68.1 de la CADH, que señala “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (Rodríguez Almada, 2021a, p. 61). En definitiva, las sentencias analizadas realizaron un control de convencionalidad y aplicaron en la solución de la controversia instrumentos internacionales de derechos humanos.

Conclusiones

Las sentencias analizadas adoptaron posiciones innovadoras y modernas para tutelar derechos de niños, niñas y adolescentes. Ambas sentencias realizan control de constitucionalidad, aplicando los artículos 45, 72 y 332 de la Constitución.

Si bien en materia de declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos el control de constitucionalidad es concentrado, porque únicamente la SCJ puede declarar los actos legislativos inconstitucionales para el caso concreto, en caso de omisiones legislativas inconstitucionales, cualquier juez puede hacer el control de constitucionalidad en el asunto que deba fallar, aplicando las normas constitucionales directamente, sin necesidad de que estén reglamentadas, en aplicación del artículo 332 de la Constitución.

En las sentencias analizadas se realiza control de convencionalidad, aplicando instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran los derechos económicos sociales y culturales, entre los que se encuentra el derecho a la vivienda, principalmente el artículo 11.1 del PIDESC, observaciones 4 y 7 del Com. DESC y artículo 26 de la CADH. Aunque la sentencia de la jueza *a quo* utiliza un abanico más amplio de normas para fundamentar su fallo, como el artículo 27.1 de la CDN y 19 de la

CADH, ambas referidas a derechos de niños, niñas y adolescentes, artículos 25.1 y 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículos XI y XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Dicho control de convencionalidad es una obligación de todos los órganos estatales, principalmente de los jueces, de acuerdo a los artículos 1.1 y 2 de la CADH y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Además, es un mandato que surge del párrafo 193 de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Gelman vs. Uruguay*.

El Estado uruguayo, al ratificar la CADH, a través de la ley n.º 15.737, está obligado a cumplir con las sentencias de la Corte IDH, de acuerdo al artículo 68.1 de la CADH, que reza “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

Es la mejor señal para un Estado de derecho que el poder del Estado que interpreta y aplica las normas jurídicas al caso concreto —Poder Judicial— obligue a otro poder del Estado —MVOT, que integra el Poder Ejecutivo— a cumplir con las normas jurídicas, principalmente aquellas que refieren a derechos humanos (Rodríguez Almada, 2021b).

En un momento de crisis sanitaria y económica (abril-mayo de 2021), que provocaba que aumentara la pobreza significativamente, era fundamental el rol del Poder Judicial para tutelar a la población, principalmente a niños, niñas y adolescentes, cuando existía vulneración de derechos consagrados en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Uruguay.

Referencias

Arenas Moreno, M. (2014). Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Contexto colombiano. *Diálogos de Derecho y Política*, 6(13), 4-24.

Bazán, V. (2014). *Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales*. Konrad Adenauer Stiftung.

Bulnes Aldunate, L. (2006). La inconstitucionalidad por omisión. *Estudios Constitucionales*, 4(1), 251-264.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. <https://acortar.link/6XBNZz>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1991). Observación general n.º 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto). <https://acortar.link/jGgKP>

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1997). Observación general n.º 7: El derecho a una vivienda adecuada. <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-7-derecho-una-vivienda-adecuada>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011, 24 de febrero). Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia del 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf
- Durán Martínez, A. (2009). En torno al neoconstitucionalismo. *Estudios Jurídicos*, 7, 63-103.
- Durán Martínez, A. (2018). Derechos sociales fundamentales. *Cuadernos del CLAEH. Segunda serie*, 37(108), 207-225.
- Dworkin, R. (2008). *El imperio de la justicia*. Gedisa.
- En Perspectiva. (2021, 9 de abril). *La Mesa de Juristas: Justicia obliga a dar vivienda a habitantes del asentamiento Nuevo Comienzo: ¿Le corresponde al Poder Judicial resolver estos problemas sociales?* <https://acortar.link/fEOpxE>
- Esteva Gallicchio, E. G. (2012). El control de convencionalidad. Situación en Uruguay. *Revista de Derecho Público*, 21(42), 45-66.
- Eto Cruz, G. (2015). Inconstitucionalidad por omisión e inconventionalidad por omisión. Algunas reflexiones y antidotos para enfrentar estos males contemporáneos. *Justicia Electoral Cuarta Época*, 1(16), 305-343. <https://acortar.link/LOldMH>
- Ferrajoli, L. (2019). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Trotta.
- Häberle, P. (2016). *El Estado Constitucional* [2ª ed.]. Universidad Autónoma de México.
- Juzgado Letrado de Familia de 9º Turno. (Uruguay). (2021, 5 de abril). Sentencia n.º 38/2021.
- Naciones Unidas. (1966, 16 de diciembre). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>
- Naciones Unidas. (1969). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf
- Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

- Piccininno, C. (2021). La vivienda digna, un derecho justiciable. *Revista de Derechos Humanos*, (3), 227-245.
- Risso Ferrand, M. (2014). El “Juez Constitucional” en el Uruguay. *Revista de Derecho Público*, 23(45), 79-102.
- Risso Ferrand, M. (2016). El Control de Convencionalidad. *Revista de Derecho Público*, 25(50), 193-201.
- Risso Ferrand, M. (2017). *Guía para la resolución de casos de Derecho Constitucional y Derechos Humanos*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Risso Ferrand, M. (2021). *Constitución y Estado de Derecho*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Rodríguez Almada, P. (2021a). La inconventionalidad e inconstitucionalidad de las normas en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal contenidas en la Ley N.º 19.889, sancionada por el procedimiento de declaratoria de urgente consideración. *Revista De Derecho*, (23), 49-84.
<https://doi.org/10.22235/rd23.2549>
- Rodríguez Almada, P. (2021b, 23 de abril). La Justicia de Familia y las falacias de la ministra de Vivienda. *La Diaria*. <https://acortar.link/5PybQM>
- Sagües, N. P. (1992). Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial. *Ius et Veritas*, 3(5), 39-48.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15356/15811>
- Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno. (Uruguay). (2021, 3 de mayo). Sentencia n.º 9/2021.
- Tribunales de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno. (Uruguay). (2012). Sentencia 138/2012.
- Uruguay. (1934). *Constitución de la República*.
<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/8940516.HTML#art34>
- Uruguay. (1967). *Constitución de la República*.
<https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967>
- Uruguay. (1967, 6 de diciembre). Ley n.º 9.723: Instituto Nacional de Viviendas Económicas (INVE). Creación. Declaración de Utilidad Pública para Expropiación. <https://acortar.link/ubnSel>
- Uruguay. (1968, 27 de diciembre). Ley n.º 13.728: Plan Nacional de Viviendas.
<https://acortar.link/wL8Izd>
- Uruguay. (1969, 11 de julio). Ley n.º 13.751: Derechos Humanos - Pactos Internacionales de Derechos Humanos y Protocolo Facultativo.
<https://acortar.link/3ig8eA>

Uruguay. (1985, 22 de marzo). Ley n.º 15.737: Ley de Amnistía. Aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Llamada Pacto de San José de Costa Rica. Creación de la Comisión Nacional de Repatriación. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/15737-1985>

Uruguay. (1985, 8 de julio). Ley n.º 15.750: Ley Orgánica de la Judicatura y de la Organización de los Tribunales. <https://acortar.link/EOha6y>

Uruguay. (1988, 29 de diciembre). Ley n.º 16.011: Regulación de Disposiciones Relativa a la Acción de Amparo. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/16011-1988/1>

Uruguay. (1990, 8 de junio). Ley n.º 16.112: Creación del Ministerio de Vivienda Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente. Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/16112-1990/6>

Uruguay. (1992, 6 de febrero). Ley n.º 16.237. <https://acortar.link/vPcCka>

Uruguay. (2005, 31 de marzo). Ley n.º 17.866: Creación del Ministerio De Desarrollo Social. <https://acortar.link/pP6yPl>

Uruguay. (2007, 11 de mayo). Ley n.º 18.125: Modificación a la Carta Orgánica del Banco Hipotecario del Uruguay. <https://acortar.link/AsJK99>

Van Rompaey, L. (2008). El rol del juez en la sociedad moderna. *Revista de Derecho Público*, 17(34), 13-31.

Yglesias, A. (2008, 3 de octubre). Propiedad privada y derecho a la vivienda (desde el derecho civil). *Blog de Derecho y Actualidad*. Facultad de Derecho, Universidad de la República. <https://www.fder.edu.uy/node/155>

Zagrebelsky, G. (2016). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia* (11ª ed.). Trotta.

Cómo citar: Rodríguez Almada, P. (2022). Comentario de las sentencias n.º 38/2021 del Juzgado Letrado de Familia de 9º Turno y n.º 9/2021 del Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno: Derecho a la vivienda, deber del Estado. *Revista de Derecho*, (26), 81-108. <https://doi.org/10.22235/rd26.2884>

Contribución autoral: a) Concepción y diseño del trabajo; b) Adquisición de datos; c) Análisis e interpretación de datos; d) Redacción del manuscrito; e) revisión crítica del manuscrito.

P. R. A. ha contribuido en a, b, c, d, e.

Editora científica responsable: Dra. María Paula Garat.