

QUINCE AÑOS, QUINCE FALLOS

EN CONMEMORACIÓN DE LA CREACIÓN DEL FUERO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA
DE BUENOS AIRES



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura



QUINCE AÑOS, QUINCE FALLOS

A 15 AÑOS DE LA CREACIÓN DEL FUERO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA
DE BUENOS AIRES

Edición digital actualizada en enero de 2016



www.editorial.jusbaire.gov.ar

editorial@jusbaire.gov.ar

fb: /editorialjusbaire

Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]

+5411 4011-1320

Quince años, quince fallos : a 15 años de la creación del fuero Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Pablo A. Gutiérrez Colantuono; Eduardo Mertehtikian; Alejandro Pérez Hualde; Guillermo F. Treacy; Juan Octavio Gauna; Alejandro J. Uslenghi; Viviana M. C. Bonpland; Sebastián Tedeschi; Miriam Ivanega; Stella Maris Martínez; Santiago Roca; Marisa Herrera; Carlos I. Salvadores de Arzuaga; Jorge Héctor Damarco; Roberto P. Saba; Marcela I. Basterra; Claudia Martin.

Coordinación general de Alejandra B. Petrella.

- 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2015.

360 p. ; 25 x 20 cm.

ISBN 978-987-3690-40-2

1. Fallos. 2. Derecho Administrativo. Petrella, Alejandra B., coord.

CDD 342

© Editorial Jusbaire, 2015

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Publicación aprobada por Resolución CM N° 149/2014

Departamento de Coordinación de Contenidos

Ma. Alejandra Perícola

Oficina de Diseño

Coordinación de Diseño: Mariana Pittaluga

Maquetación: Gonzalo Cardozo; Carla Famá

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Geogrotesque* del tipógrafo argentino Eduardo Manso y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica. También se ha utilizado la tipografía *Bondilera* diseñada por el argentino Bruno Emiliano Somoza.



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades 2015

Presidente

Juan Manuel Olmos

Vicepresidenta

Alejandra B. Petrella

Secretaria

Marcela I. Basterra

Consejeros

Ricardo Félix Baldomar

Juan Sebastián De Stefano

Juan Pablo Godoy Vélez

Carlos E. Mas Velez

Agustina Olivero Majdalani

José Sáez Capel

Administrador General

Alejandro Rabinovich

ÍNDICE

- 13** **PRÓLOGO**
por **Juan Manuel Olmos**
- 15** **PALABRAS PRELIMINARES**
por **Alejandra Petrella**
- 19** 1. "ASESORÍA TUTELAR JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CABA C/GCBA S/AMPARO". *Construcción establecimiento educativo.*
Comentado por **Pablo A. Gutiérrez Colantuono**
Distribución de derechos y división de poderes, a propósito del caso "Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA s/Amparo"
- 35** 2. "GARCÍA ELORRIO JAVIER MARÍA C/GCBA Y LA LEGISLATURA DE LA CIUDAD S/AMPARO". *Sanción Ley de Comunas.*
Comentado por **Eduardo Mertehikian**
El caso "García Elorrio" y las comunas porteñas. Un caso judicial de inconstitucionalidad por omisión
- 53** 3. "LATINOCONSULT S.A. PROEL SUDAMERICANA S.A. ARINSA S.A. [UTE] C/GCBA S/OTROS REC. JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO EST." *Contratos de "larga duración".*
Comentado por **Alejandro Pérez Hualde**
Renegociación en contratos de "larga duración" [Con motivo del fallo "Latinoconsult"]
- 67** 4. "IGLESIAS JOSÉ ANTONIO Y OTROS C/GCBA S/AMPARO [ART. 14 CCABA]". *Refacción establecimientos escolares.*
Comentado por **Guillermo F. Treacy**
Seguridad edilicia y derecho a la educación: el caso "Iglesias" y el paradigma del litigio de Derecho Público
- 91** 5. "KALPAKIAN ARTIN PARSZZEG C/GCBA S/ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA". *Revalúo inmobiliario, inconstitucionalidad de la percepción retroactiva.*
Comentado por **Juan Octavio Gauna**
La aplicación retroactiva en materia tributaria y el debido proceso



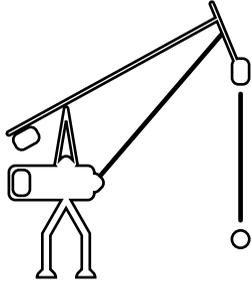
- 107** 6. “DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES C/GCBA Y OTROS S/OTRAS DEMANDAS C/LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA”. *Indemnización por no proteger la casa de Antonio Millán.*
Comentado por **Alejandro J. Uslenghi**
Protección del Patrimonio Arquitectónico
“Conservar el pasado para construir nuestra historia y diseñar el futuro”
- 139** 7. “ACUÑA MARÍA SOLEDAD C/GCBA S/AMPARO [ART. 14 CCABA]”. *Salud mental.*
Comentado por **Viviana M. C. Bonpland**
Un fallo que preanunció el cambio de paradigma en materia de salud mental en la Argentina: “Acuña, María Soledad c/GCBA s/Amparo”
- 155** 8. “QUISBERTH CASTRO SONIA YOLANDA C/GCBA S/AMPARO [ART. 14 CCABA]”. *Acceso a la vivienda.*
Comentado por **Sebastián Tedeschi**
Construyendo vivienda como derecho exigible
- 171** 9. “CHIANALINO ALICIA DEL CARMEN C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS”. *Incorporación a la planta permanente trabajadora del Teatro Colón.*
Comentado por **Miriam Ivanega**
Las paradojas del empleo público, comentarios al caso “Chianalino Alicia del Carmen c/GCBA s/Impugnación de Actos Administrativos”
- 187** 10. “FREYRE ALEJANDRO C/GCBA S/AMPARO [ART. 14 CCABA]”. *Casamiento igualitario.*
Comentado por **Stella Maris Martínez y Santiago Roca**
El proceder “sospechoso” del Estado y el control administrativo de constitucionalidad. A propósito del fallo “Freyre, Alejandro c/GCBA”

Comentado por **Marisa Herrera**
Conquistas judiciales, avances legislativos y transformación cultural: un precedente para homenajear
- 235** 11. “FUNDACIÓN ACCESO YA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO [ART. 14 CCABA]”. *Adecuación de establecimientos educativos a las normas de accesibilidad.*
Comentado por **Carlos I. Salvadores de Arzuaga**
Reflexiones sobre la Constitución, la Ley, la Administración y la Justicia

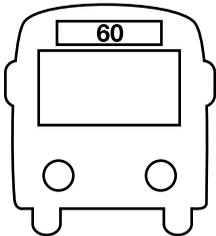
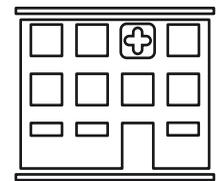
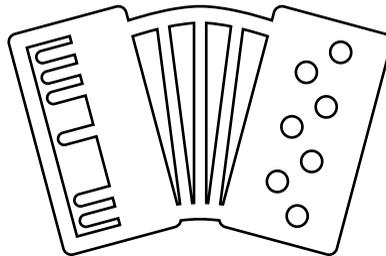
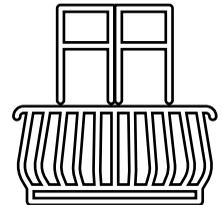
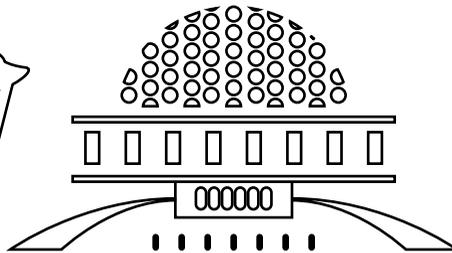
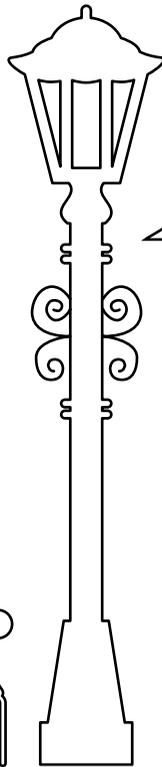
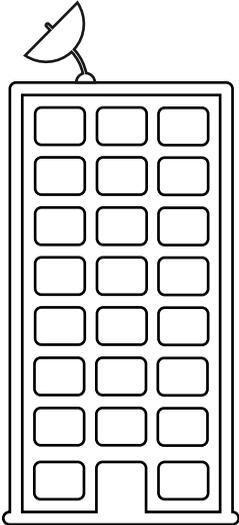
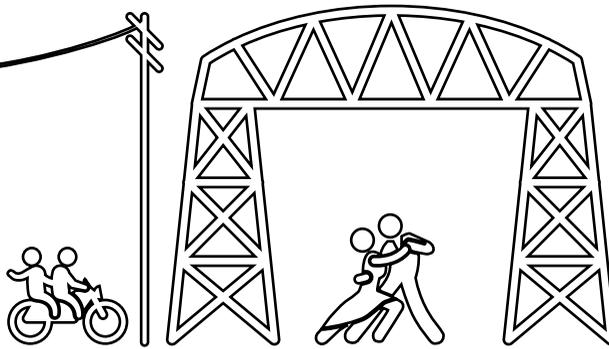
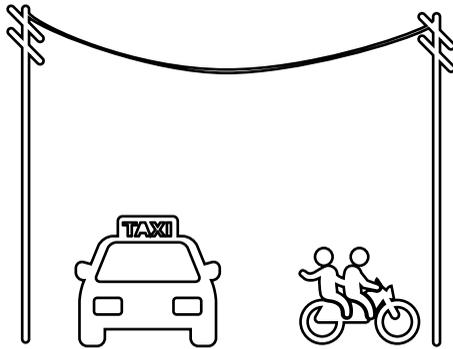
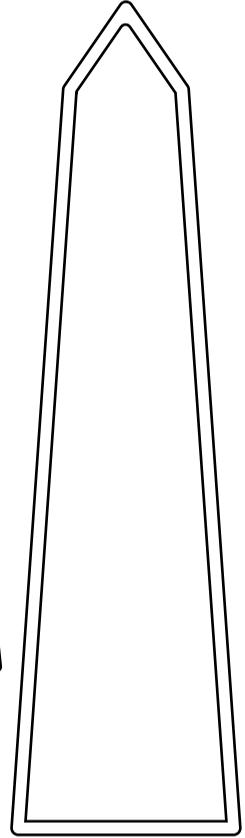


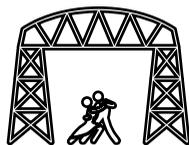
- 249** 12. "FRÁVEGA S.A. C/GCBA S/IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS".
Multas condonadas.
Comentado por **Jorge Héctor Damarco**
La naturaleza jurídica de los ilícitos tributarios, la ley penal más benigna y la condonación de sanciones
- 277** 13. "ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA C/GCBA S/AMPARO [ART. 14 CCABA]". *Basura cero, Villa 20.*
Comentado por **Roberto P. Saba**
Pobreza y Desigualdad Estructural en la Ciudad de Buenos Aires
- 309** 14. "PÉREZ ESQUIVEL ANDRÉS C/GCBA S/AMPARO [ART. 14 CCABA]". *Acceso a la información pública.*
Comentado por **Marcela I. Basterra**
El derecho de acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A propósito del caso "Pérez Esquivel"
- 337** 15. "SOLIZ FLORES CELINDA Y OTROS C/GCBA S/AMPARO". *Derecho a la vivienda.*
Comentado por **Claudia Martin**
El caso Soliz Flores, Celinda y otros: una protección limitada al derecho a la vivienda digna y adecuada





BUENOS AIRES





YO VIVO EN UNA CIUDAD

“Yo vivo en una ciudad
donde la gente aún usa gomina
donde la gente se va a la oficina
sin un minuto de más.
Yo vivo en una ciudad
donde la prisa del diario trajín
parece un film de Carlitos Chaplin
aunque sin comicidad.
Yo vivo en una ciudad
que tiene un puerto en la puerta
y una expresión boquiabierta
para lo que es novedad
y sin embargo yo quiero a ese pueblo
tan distanciado entre sí, tan solo
porque no soy más que alguno de ellos
sin la gomina, sin la oficina
con ganas de renovar.
...y sin embargo yo quiero a ese pueblo
porque me incita a la rebelión
y porque me da infinitos deseos
de contestarles y de cantarles
mi novedad, mi novedad”.

Miguel Cantilo, 1970



PRÓLOGO

Contamos con el privilegio de haber asistido a la fundación de un Poder Judicial, el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Una pieza fundamental de la institucionalidad que viene construyendo la Ciudad a partir de la consagración de su autonomía, en el artículo 129 de la Constitución Nacional reformada del año 1994, es que sean sus propios jueces quienes contribuyan a plasmar, a través de sus sentencias, el ideario constituyente de la norma fundamental porteña.

Estamos convencidos de que esta Constitución, que se sancionó democráticamente, convocó a la pluralidad del arco político y se aprobó por unanimidad, es mucho más que una Ley Fundamental. Ella es el fiel reflejo de un cuerpo de valores, principios y normas que expresan la voluntad y la conciencia de una sociedad en una etapa de su maduración histórica.

El valor de la pluralidad plasmado en las definiciones surgidas del debate democrático, de indiscutido consenso, convierte a nuestra Constitución porteña en un programa para la gestión de Gobierno, e incluso una guía que echa luz cuando los conflictos de coyuntura oscurecen el camino.

La voz que en definitiva ha de alzarse para reflejar los valores que integran el preámbulo, el mandato de realizar acciones positivas en pos de la vigencia plena de los derechos humanos y particularmente de la justicia social, y el planteo de una democracia activa y participativa a lo largo de sus 140 artículos, pertenece a los jueces de la Ciudad.

Y en este sentido, son en particular los magistrados que integran el fuero Contencioso Administrativo y Tributario quienes están llamados a reguardar con sus decisiones aquellos valores fundamentales.

Por eso estamos presentando, en el marco de la celebración de los quince años de aniversario de dicho fuero, un recorrido por los precedentes fundamentales dictados a lo largo de ese lapso desde la mirada de notables especialistas, que nos invitan a reflexionar sobre nuestras instituciones, el respeto de las garantías y el resguardo y valorización de la autonomía de la Ciudad.

Celebro así la iniciativa de la Vicepresidenta del Consejo de la Magistratura, Dra. Alejandra Petrella, de brindarle a la comunidad una obra de este alcance, que perdu-



re como contribución a la labor jurídica que vienen ejerciendo los jueces porteños al desplegar la función jurisdiccional como eje central de nuestra vida democrática.

Y celebro también que sea la Editorial Jusbaire, este novel organismo del Consejo que me tocó presidir a lo largo de los últimos cuatro años, cuya creación pensamos junto con la Consejera Alejandra García y concretamos consensuadamente con los demás consejeros, la que aporte una vez más sus esfuerzos para que esta obra vea la luz y quede definitivamente integrada al elenco de publicaciones que garantizarán, para la posteridad, el acervo cultural y jurídico del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

Dr. Juan Manuel Olmos

Presidente del Consejo de la Magistratura
de la Ciudad de Buenos Aires



PALABRAS PRELIMINARES

Por Alejandra Petrella*

I. EL PERFIL DISTINTIVO DE NUESTRA CIUDAD, UNA DE LAS MÁS COSMOPOLITAS DEL MUNDO, MARCA EL SUSTRATO DE SU AUTONOMÍA; ORIGEN DEL NACIMIENTO DE LA JUSTICIA LOCAL

Esta Buenos Aires de antinomias, en la que conviven Lugano y Puerto Madero con la misma esencia y su distinta idiosincrasia, es en la que el fuero Contencioso Administrativo y Tributario imparte justicia cada día desde hace quince años. Y en la que sus jueces resuelven desde una controversia en el marco de una obra pública para la construcción de un mega complejo bancario, hasta la adjudicación de un subsidio habitacional, alimentario o la provisión de remedios básicos para una persona en situación de calle.

De este contrapunto intentan dar cuenta los fallos que en este libro se comentan: denotan un modo diferente de resolver conflictos que se suscitan en un escenario distinto como el que presenta la compleja realidad de nuestra entrañable Buenos Aires.

Es un honor para mí formar parte de esta Justicia desde su nacimiento, y lo es más aún poder prologar esta obra que celebra los quince años de un fuero que nació casi con la Ciudad, y que se integró totalmente con Magistrados y Funcionarios designados por concurso público. Que fue forjando una jurisprudencia señera en materia de derechos económicos, sociales y culturales; y que generó modos novedosos de resolución de conflictos. Una justicia de proximidad, de diálogo, de interdisciplina con un Ministerio Público activo y acompañante; no solo “dictaminante”.

Es así que, a modo de homenaje, este libro –en el que comentan fallos eximios juristas que no integran nuestro Poder Judicial– intenta presentar una semblanza de ciertos pronunciamientos (seleccionados por los colegas) dictados en estos años. Y es en el marco de una todavía joven autonomía, que se dictan los fallos y nace en su momento la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria.

* Jueza de Primera Instancia a cargo del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N°12 desde el 2 de octubre de 2000, Consejera en representación del estamento judicial por ante el Consejo de la Magistratura de la CABA.



II. EN EFECTO, UNA CIUDAD CON TRES MILLONES DE RESIDENTES O “VECINOS”, CINCO MILLONES DE HABITANTES QUE CIRCULAN Y TRABAJAN EN ELLA, QUE GENERA EL 25% DE LA RIQUEZA ARGENTINA Y EL 20% DE LOS RECURSOS COPARTICIPABLES DEL PAÍS; LOGRÓ UNA RECATEGORIZACIÓN CONCEPTUAL –A SU HORA– CON EFECTOS JURÍDICOS QUE AÚN NO TERMINARON DE HACERSE EFECTIVOS

Para entender tal fenómeno cabe memorar que el artículo 129 de la Constitución Nacional incorporado por la reforma de 1994, establece para la Ciudad de Buenos Aires un régimen de gobierno autónomo con facultades de legislación y jurisdicción. Con posterioridad, la Ley N°24588,¹ llamada Ley Cafiero o de Garantías de los intereses federales –que es aquella que se dicta para garantizar los intereses de la Nación en tanto Bs. As. sea Capital de la República– estableció que la ciudad tendría facultades propias de jurisdicción en materia contencioso administrativa y tributaria, contravencional y de faltas y de vecindad (art. 8).

Frente a esta cuestión local compleja –por cuanto la ley de garantías es sumamente restrictiva de la autonomía en tanto retiene para la Nación los tribunales ordinarios y las fuerzas de seguridad, los registros y el control de algunos servicios públicos que se prestan en la ciudad– la Nación ha declinado a la ciudad la educación, la salud, la asistencia social y la provisión de viviendas.

El 1° de octubre de 1996 se sanciona la Constitución de la CABA, que en definitiva es la norma reglamentaria del citado artículo 129 de la CN, y establece en su artículo 106 que corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la misma, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales. El Poder Judicial se integra así con el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Magistratura, los demás tribunales inferiores y el Ministerio Público. La Ley N° 7 –Orgánica del Poder Judicial– en su artículo 7 prevé dentro de los órganos del Poder Judicial una Cámara de Apelaciones integrada por tres salas, veinticuatro Juzgados Contencioso Administrativos y Tributarios, cuya competencia territorial la establece el artículo 8 de la Constitución al acotar los límites de la Ciudad. El artículo 41 de la ley citada establece la composición y competencia de los Juzgados en comento, rezando que los mismos entenderán sobre “toda cuestión en que la Ciudad sea parte, cualquiera sea su fundamento y origen, tanto en el ámbito del derecho público como en el del derecho privado”.

A poco de integrado el Consejo de la Magistratura (conforme el artículo 115 CCABA), decide llamar a concurso para cubrir doce juzgados y dos salas de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, sus correspondientes fiscalías, asesoría tutelar, y defensoría, órganos que en octubre de 2000 comienzan a funcionar. Posteriores

1. LA 1995-C-3169.



reformas reglamentarias y legislativas fueron ampliando el fuero que hoy se integra con veinticuatro juzgados, tres salas de apelaciones y numerosas dependencias del Ministerio Público.

Más allá del estatus jurídico de la ciudad; lo cierto es que –tal como sostiene la Prof. María Angélica Gelli–, la reforma constitucional de 1994 otorga a la ciudad un perfil distintivo y diferenciado de la Capital Federal, de las provincias y de los municipios. A partir de allí, Buenos Aires nace autónoma. Le fue acordada una autonomía derivada de las disposiciones de la Constitución, por mandato de la reforma constitucional. Como dato distintivo, se señala que la transformación le otorgó personalidad jurídica a la ciudad independientemente de su condición actual de Capital Federal de la República Argentina.

Es en este contexto que nace y se desarrolla la justicia local, que la presente obra –a modo de homenaje– pretende reflejar.

Agradezco fundamentalmente a los colegas que han generado esta copiosa jurisprudencia, a los autores que la han comentado y a mis colaboradores en estos años en el Consejo –gestores también de este homenaje– Dres. Laura Dané, Francisco Gargiulo, Mariano Lombardi, Melania Alonso y María Pallares. Asimismo, a la Editorial Jusbairens por su permanente acompañamiento en todos aquellos temas vinculados al fuero.

Buenos Aires, 2 de octubre de 2015



1.

“ASESORÍA TUTELAR JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CABA C/GCBA S/AMPARO”

CONSTRUCCIÓN ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO

Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA

1 de junio de 2001





DISTRIBUCIÓN DE DERECHOS Y DIVISIÓN DE PODERES, A PROPÓSITO DEL CASO “ASESORÍA TUTELAR JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CABA S/AMPARO”

Por Pablo A. Gutiérrez Colantuono*

SUMARIO

I. El mandato legislativo de alcance individual. II. Las barreras de distribución del poder frente a los derechos fundamentales. III. Acciones positivas, igualdad y educación. IV. Anotaciones finales.

I. EL MANDATO LEGISLATIVO DE ALCANCE INDIVIDUAL

Los márgenes de control de la actividad de los distintos poderes en la gestión del bienestar general, y en especial los de nuestras administraciones públicas vinculados a la relación ciudadanos-administraciones, se actualizan constantemente en el plano de los derechos fundamentales y de aquellos otros a los cuales el constituyente ha otorgado cierta trascendencia y tratamiento diverso, sea por su contenido o por su impacto en las sociedades. En tal dinámica no es poco habitual observar a) ampliaciones de derechos y garantías con interpretaciones novedosas por parte de los tribunales, al punto tal de tutelar derechos que, en una primera lectura, aparentemente no se encuentran previstos –al igual que sus garantías–; b) nuevas discusiones en torno al ejercicio de competencias atribuidas y distribuidas territorial u orgánicamente mediante una interpretación flexible de la distribución del poder en ámbitos territoriales y orgánicos. Es en este punto que quisiéramos ubicar el comentario al caso “Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA s/Amparo”.

La interpretación vinculada a los derechos y las competencias públicas nos permite partir de un lugar común: propiciar menores niveles de inequidad, asegurar la vigencia y eficacia de los derechos constitucionales y concretar el mandato constitucional del bienestar general. La concurrencia de los distintos poderes en la concreción de estos

* Director de la Especialización en Derecho Administrativo, Universidad Nacional del Comahue. Profesor de Derecho Administrativo y Derechos Humanos en diversas universidades nacionales y extranjeras. Especialista en Derecho Administrativo.



valores comunes permite acaso entender con menor rigidez las propias competencias públicas en el contexto del análisis de la distribución de competencias entre los diversos poderes estatales.

La sentencia cuyo comentario nos proponemos aquí desarrollar plantea un tema de por sí interesante en esta línea argumental. En una mirada detenida de la decisión que comentamos, parece construirse desde un paradigma distinto al de la clásica atribución de competencias en la división de poderes. Los jueces parten, a nuestro entender, desde una fuerte consciencia de la perspectiva social del derecho, la cual interpela a una interpretación judicial de las diversas funciones estatales dentro de los márgenes de la concreción del bienestar general, para, desde allí, brindar eficacia cierta a los derechos de incidencia colectiva validando normas y actos estatales instrumentales de tales derechos. Según entendemos, pareciera “colocarse” a las funciones estatales en la dimensión de los derechos para analizar su concreto apego al orden normativo integral.

El fallo cuya nota nos permiten las presentes reflexiones “encaja” dentro de la idea de una mirada de las funciones del poder desde la dinámica del bienestar en concreta expresión del desarrollo individual y social del conjunto de la ciudadanía, principalmente en la problemática del acceso a los bienes y servicios esenciales que hacen a las condiciones de la dignidad de las personas.

El tema sustancial, según se desprende al menos de la mirada de los juzgadores conforme alegaciones de las partes, es la competencia o no del poder legislativo para poder dictar normas de alcance particular. Con alguna particularidad, como es la instrumentación mediante tal actividad de orden legislativo de un mandato concreto y en tiempo determinado hacia el poder administrador: la construcción de un edificio escolar.¹

El carácter individual y no general de la norma era aquello que venía cuestionado principalmente por el Gobierno de la Ciudad Autónoma y que, según entendía, justificaba de hecho quitarle aplicación alguna. El vencimiento del plazo fijado por el legislador en el mandato de construcción del edificio escolar, sumado al daño que tal omisión generaba en forma actual al derecho colectivo a la educación de quienes habitan los lugares del radio de incidencia de tal escuela, fueron los motivos alegados para sostener el acceso a la tutela jurisdiccional, según se lee en los antecedentes del caso. Para, desde allí también, construir el fundamento suficiente de la legitimación de quien actuaba invocando derechos de incidencia colectiva.

Nos encontramos así ante un acto de *autoridad pública* que, previa valoración de oportunidad legislativa, instrumenta un mandato a otro poder cuyas consecuencias se verificarán tanto en el plano individual como colectivo. Dicho acto es bloqueado por otro –técnicamente, una omisión en la ejecución del mandato– proveniente de distinta autoridad. Siendo la consecuencia directa y concreta de dicho bloqueo la insatisfacción del

1. Dispuesto por Ley 350 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



derecho a la educación por parte de la población afectada en la medida dispuesta por el legislador local. Es que resulta de toda evidencia que el mandato legal del acto legislativo individual ha tenido como motivación y finalidad la de lograr aumentar los niveles de acceso a la educación sin discriminación posible. La medida que se adopta a tal fin es la elegida por el legislador y, salvo irrazonabilidad de la misma, su opción en tal sentido responde a un juicio de valoración político que escapa ciertamente al control judicial.

El mandato instrumentado mediante la actividad legislativa de alcance individual de la construcción de una escuela, por su parte, encierra una típica acción positiva. Es una herramienta estatal de injerencia en materias de derechos sociales con el fin de garantizar accesos mínimos a determinados derechos al tiempo que se eliminan barreras discriminatorias hacia un grupo determinado de personas. Ello no es menor a los fines del posicionamiento de los jueces que deben resolver la tensión existente en el caso.

La herramienta elegida, ley individual, supone entonces la necesaria respuesta a las obligaciones de adecuar, en la porción que le toca a cada poder dentro de sus propias competencias, para brindar efectos útiles a las disposiciones tanto internas como internacionales que protegen el acceso a la educación y prohíben cualquier medida de discriminación. En tanto y en cuanto no luzca una medida arbitraria, pareciera que la única forma de quitarle la validez y consiguiente eficacia es mediante el propio mecanismo del veto, el cual ciertamente no fue utilizado por el poder administrador. Empero, aquello que no le está permitido a este último es bajo la excusa de dilaciones inmotivadas y exageradas *bloquear de hecho* la ley, mediante una omisión que adquiere relevancia tal que provoca la intervención del poder judicial con el fin, ahora sí, de remover aquel obstáculo que impide a la acción positiva adoptada cobrar la efectividad cierta para la cual fue pensada. Y esto es justamente lo sucedido en el caso resuelto por la Cámara.

Los jueces encuentran en las competencias concurrentes, según argumentalmente justifican, la base constitucional suficiente en la división de poderes para confirmar que estamos frente a una decisión legislativa válida. Tal construcción, según lo entiendo, ha venido a ser una suerte de válvula de escape a la tensión que les representaba, en la división de poderes clásica, el hecho de encontrarse frente a una norma de contenido más propio de un poder administrador que del legislador en tal dinámica. De esta forma, indirectamente, se distienden los límites rígidos en la distribución de competencias materiales entre uno y otro poder del Estado persuadidos por la fuerza que posee en el caso la presencia de un derecho de incidencia colectiva como lo es el de la educación, siendo lógicamente la construcción de escuelas la medida instrumental –junto a otras– que permite consolidar tal derecho en cabeza de sus titulares.



II. LAS BARRERAS DE DISTRIBUCIÓN DEL PODER FRENTE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La mirada desde el terreno de la protección transnacional de la convencionalidad, especialmente la vigencia y eficacia de los derechos incorporados a los tratados de derechos humanos, nos permite recordar que existe el criterio de que son inoponibles al aseguramiento y eficacia de los derechos las razones de distribución interna orgánica o territorial del poder. En tal sentido las alegaciones provenientes de limitaciones de distribución del poder, en principio, no pueden ser utilizadas como justificantes en la no adopción de medidas efectivas que permitan el acceso a los derechos. Ello, naturalmente, se vincula con la problemática de la división de poderes en términos de asignaciones de funciones vinculadas a la concreción de los derechos en el plano de la accesibilidad a los mismos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en este sentido ha explicado que el Estado parte no puede alegar razones de derecho interno para dejar de tomar medidas firmes, concretas y efectivas en cumplimiento de las medidas ordenadas ni alegar la descoordinación entre autoridades federales y provinciales para evitar la ocurrencia de nuevas violaciones. La unidad del obligado internacional impone relativizar la multiplicidad federal porque, más allá de la estructura unitaria o federal del Estado parte en el Pacto de San José de Costa Rica –en adelante PSJCR–, ante la jurisdicción internacional es el Estado como tal el que comparece ante los órganos de supervisión de aquel tratado y es este el único obligado a adoptar las medidas. La falta de adopción por el Estado de las medidas compromete la responsabilidad internacional del mismo.² Y ello es coherente en la sistemática internacional ya que el objetivo convencional es asegurar el goce uniforme –evitando tratos diversos– de la sustancia de los derechos fundamentales. La multiplicidad de regulaciones propia del federalismo parece encontrar un límite en la necesidad de nivelar las materias que involucren a esos derechos fundamentales. La distribución territorial del poder puede explicar la articulación de competencias entre las distintas jurisdicciones internas, mas carece de aptitud alguna para justificar tratos diferenciales entre ciudadanos del mismo Estado en lo que

2. Corte IDH, *caso de las Penitenciarías de Mendoza*, Resolución de Medidas Provisionales, sentencia del 30/03/2006, entre otros. Ampliando diremos que “las obligaciones convencionales deben ser cumplidas por los Estados, ‘independientemente de su estructura federal o unitaria’” (Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99, 1/10/1999. Serie A N° 16, párr. 140, y punto resolutivo N° 8). De igual modo, ese tribunal ha tenido la oportunidad de analizar intentos de Argentina tendientes a escudarse en el sistema federal, desestimándolos de plano al señalar que “El Artículo 28 de la Convención prevé la hipótesis de que un Estado federal, en el cual la competencia en materia de derechos humanos corresponde a los Estados miembros, quiera ser parte en ella” y que “dado que desde el momento de la aprobación y de la ratificación de la Convención la Argentina se comportó como si dicha competencia en materia de derechos humanos correspondiera al Estado federal, no puede ahora alegar lo contrario pues ello implicaría violar la regla del *estoppel*” (Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas, sentencia del 27/08/1998. Serie C N° 39, párr. 46).



a los estándares mínimos de derechos refiere. Este estándar es el mismo que se aplica a la distribución del poder pero ya en el orden orgánico y no tan solo el territorial.

Esta argumentación del sistema de derechos humanos también tiene otro tipo de aplicaciones, especialmente a aquello que refiere a la tutela judicial³ y administrativa efectiva⁴ en los ámbitos de validez del debido proceso contenido en el art. 8vo del PSJCR.

Nos explicamos brevemente. Los principios evolutivo⁵ y *pro homine*⁶ aplicados y desarrollados por la Corte IDH permiten centralizar en cualquier tipo de construcción jurídica a la dignidad de las personas y subordinar el esquema funcional de la atribución de competencias estatales a lograr tal fin. El art. 8° previsto en origen para ser aplicado a los ámbitos judiciales fue ampliado en la construcción jurisprudencial de la Corte IDH

3. No es ocioso recordar que en palabras de la CSJN el alcance del acceso a la justicia como garantía: “el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el Artículo 18 de la Constitución Nacional no se encuentra satisfecho con la sola previsión legal de la posibilidad de acceso a la instancia judicial sino que requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento. Así lo reconocen los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de 1994 (Artículo 75, inc. 22) entre los cuales cabe citar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículos 8 y 25.2.a) y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 14.1)”. CSJN, 6/05/2014, Competencia N° 766. XLIX. Pedraza, Héctor Hugo c/ANSES s/acción de amparo.

4. CSJN, Astorga Bracht, Sergio y otro c/Comfer - decreto 310/1998 s/amparo Ley 16986, del 14/10/2004. Es el primer caso en la jurisprudencia de la CSJN en que se hace mención expresa a tal garantía. Allí el Tribunal afirmó que una serie de normas constitucionales y convencionales “resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva”, a la cual se califica como una “garantía” que “supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes– y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso –o procedimiento– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o decisión– fundada”. Se extrapola de esa manera el concepto de defensa en juicio que había desarrollado durante años al ámbito de la Administración Pública y se construye el concepto examinado a partir de reemplazar: “juez” por “autoridad administrativa competente”; “sentencia” por “decisión”; “litigantes” por “particulares”, y “proceso” por “procedimiento”. Los nombres cambian pero los objetivos son los mismos y por ende todas las construcciones pensadas para la defensa en juicio se vuelven aplicables.

5. El sentido de una interpretación evolutiva es brindar a la persona un instrumento más de tutela. El abordaje evolutivo, desde el cual el objetivo del intérprete del PSJCR debe ser el de ampliar su zona de protección, es el que en definitiva se desprende de una lectura armónica de los arts. 1, 2 y 29 de la Convención Americana.

6. El *pro homine* resulta un criterio hermenéutico esencial para la comprensión integral de cualquier ordenamiento que asegure derechos fundamentales y posee una especial dimensión desde la consagración de los tratados de derechos humanos, en tanto instrumentos pensados para tutelar a la persona y no para regular relaciones entre Estados. Es que la protección de los derechos humanos parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público, el cual posee naturaleza instrumental frente a ellos. En la protección a los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de restricción al ejercicio del poder estatal –Corte IDH, OC-6/86– porque el sistema mismo de los tratados “está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo” –Corte IDH, OC-7/86–. En el ámbito americano, el principio comentado tiene sustento normativo específico en los arts. 29 y 30 de la Convención, entendiéndose su Corte que –especialmente la primera disposición– “prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos”, de resultas de lo cual “si a una situación son aplicables dos normas distintas, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” –Corte IDH, OC-18/03.



hacia las zonas no judiciales, entre ellas, los ámbitos decisorios de las administraciones públicas. Al punto tal de asegurarse por estos tiempos a las personas la garantía de la tutela administrativa efectiva como un paso más en la evolución de los derechos de las personas. Es tal el cambio profundo que observamos que esta visión permite introducir el debido proceso de los derechos humanos como una fuerte interdicción al poder ya no limitada a los espacios del poder judicial.

Como ha sostenido la CIDH:⁷

“En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso”.

La aplicación a espacios externos a lo orgánico judicial, con independencia de la sustancia del derecho afectado, como son los sectores materialmente judiciales, las administraciones públicas, los tribunales especiales constitucionales, políticos y en general toda otra actividad de la autoridad pública que esencialmente determine derechos y obligaciones, es un mandato del orden de la convencionalidad. En este último aspecto, la aplicación del art. 8° del PSJCR con todo su elenco de garantías a todas las materias y respecto a todas las autoridades públicas, en la medida que se trate de una actividad estatal que determine derechos y obligaciones, es una interpretación coherente en la mirada de los derechos y el poder por parte de la Corte IDH.

La Corte IDH⁸ ha confirmado una vez más su posición en el tema al explicar:

“Si bien el art. 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal. De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado

7. CIDH, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia del 02/02/2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

8. Corte IDH, caso *Del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros) vs. Ecuador*, del 28/08/2003 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).



de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8 la Convención Americana”.

Si bien ello no es el tema que se vincula directamente con el comentario que realizamos al fallo indicado, importa una muestra más de la mirada abierta que debemos tener en temas vinculados a derechos y competencias públicas.

III. ACCIONES POSITIVAS, IGUALDAD Y EDUCACIÓN

Es clara, en nuestro criterio, la fuerza que contiene en los modernos textos constitucionales el mandato de igual protección en los mínimos esenciales de los derechos. Desatenderlo implica una discriminación no aceptada y por ende la ilegalidad del obrar estatal. Ello conlleva a una seria afectación del estado de ciudadanía reconocida a las personas en tanto esta implica no solo ser titular de determinados derechos sino también acceder a un mínimo de disfrute de los mismos y su debida protección por parte del Estado. Sin asistencia sanitaria básica, ni acceso al agua potable, a una vivienda –digna–, a la educación, entre otros derechos, las personas ven seriamente limitada y debilitada su calidad de ciudadanía asegurada en el Estado constitucional y convencional de derecho. El fallo que cometamos parece hacerse cargo de este desafío al priorizar la efectividad del acceso al derecho a la educación sobre la cuestión del reparto competencial de funciones.

La Corte Federal Argentina, creemos, ha establecido algunos principios sobre las políticas públicas, el derecho a la vivienda y la actividad que los jueces pueden acaso desplegar en este tipo de casos. Si bien en referencia al derecho a la vivienda, pero creemos que es aplicable al resto de los derechos que, siendo fundamentales, contengan la característica de ser sociales, ha establecido el Tribunal:⁹ a. el derecho a la vivienda como derecho social se encuentra contenido en una norma constitucional cuya naturaleza es de operatividad derivada en tanto consagra obligaciones de hacer a cargo del Estado; b. los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder

9. CSJN, *Recurso de Hecho Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo*, Buenos Aires, sentencia del 24/04/2012.



Judicial; y c. la razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Estas conclusiones pueden proyectar alguna teoría general sobre las políticas públicas en derechos sociales, su finalidad y el control que sobre las mismas se pueda activar ante las afectaciones concretas.

Es entonces una regla que los programas sociales de las agendas gubernamentales bien pueden ser controlados vía la razonabilidad, según nuestro sistema de derechos. Y ello, en parte, es consecuencia de entender en igualdad de grado a los derechos, independientemente de sus clasificaciones, y todos plenamente exigibles. Ello es de especial importancia en aquellos derechos económicos, sociales y culturales sobre los cuales existen siempre fuertes discusiones sobre los niveles de exigibilidad de los mismos, transformándolos algunos en derechos sujetos al diseño previo de determinadas políticas públicas en la materia.

Tiene dicho la Corte IDH:¹⁰

“En este sentido, la Corte Interamericana reitera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras”.

Uno de los mecanismos útiles a los efectos de promover la igualdad real es sin dudas la adopción de medidas positivas. Estas medidas pretenden, en esencia y como es sabido, revertir los déficits que una visión meramente formal de la igualdad, conjugada con la presencia histórica de grupos menos aventajados o directamente menoscabados –usualmente denominados vulnerables– produce de cara a garantizar el pleno disfrute de los derechos sin discriminación alguna.

10. Corte IDH, caso *Furlán y Familiares vs. Argentina*, sentencia del 31/08/2012 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).



La igualdad se transforma en una garantía fundamental en el sistema de derechos. Las esferas públicas deben, primero, reconocer aquellas vulnerabilidades de determinados sectores sociales para, en segundo lugar, disponer las medidas de nivelación que aseguren la igualdad en el goce y disfrute de los derechos fundamentales en sus contenidos esenciales. Aquí el poder judicial está llamado a cumplir un rol trascendental. El aseguramiento del acceso, goce y disfrute de los derechos consagrados presupone que el Estado garantice los derechos bajo el principio de igualdad y no discriminación. Ello lo pone en una posición de tener que “...adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”.¹¹

El juez constitucional argentino, que lo es tanto de la constitucionalidad como de la convencionalidad, con una consolidada jurisprudencia atiende mediante una debida y oportuna protección la insatisfacción de determinadas personas o grupos sociales que se encuentran en situación de vulnerabilidad: “El principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en varios instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el denominado *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico”.¹² Pesa, así, sobre las distintas autoridades públicas la obligación de adoptar medidas positivas que garanticen en el caso concreto el goce efectivo de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El correlato positivo del deber de eliminar toda forma de discriminación tanto *de facto* como *de jure* que –con jerarquía de *ius cogens*– se desprende de la jurisprudencia internacional, se materializa, así, en diferentes momentos del obrar estatal. Principalmente bajo la instrumentación de medidas compensatorias de la desigualdad real que pueda existir. El concepto no se limita, de este modo, al deber de no *generar* desigualdades sustanciales sino también de resolver las existentes como producto de factores económicos, sociales o de cualquier otra índole.

El deber estatal de asumir las diferencias y resolverlas de cara a garantizar la igualdad real se entronca en el propósito fundamental de la Convención Americana, que no es otro que el goce efectivo de los derechos. Si ese goce efectivo debe asegurarse por medidas estatales, sean legislativas o de otro carácter, ello será muchas veces posible solamente desde la previa asunción de circunstancias altamente diferentes. Esa desigualdad debe ser reconocida por los Estados si pretenden mantenerse en las fronteras del Artículo 1 de la Convención Americana, pues esta disposición obliga a los Estados

11. Corte IDH, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, sentencia del 25/05/2010.

12. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia del 24/08/2010.



Partes no solamente a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, ampliando así el deber inicial de no adoptar conductas violatorias a la necesaria concreción de medidas de contenido positivo que eliminen los obstáculos que las desigualdades reales puedan implicar al momento de verificar si todas las personas acceden al disfrute efectivo de los derechos convencionales.

Estas directivas trascienden al dictado de normas legislativas para la adopción de medidas positivas; requieren –en rigor– el diseño y ejecución de una *conducta gubernamental permanente*.

El problema en perspectiva de la educación se agrava, creemos, si no es atendido correctamente, tanto desde los medios a utilizar como el tiempo en que ellos se instrumentan, con el fin de concretar el mayor acceso posible de la ciudadanía al derecho a la educación. Es que la falta de infraestructura e inversión en general en el sector educativo junto a la carencia de políticas públicas sostenidas en el tiempo en sentido de intervenir con el fin de asegurar el acceso igualitario, generan mayores niveles de desigualdad ya en perspectiva intergeneracional. La falta de aseguramiento del acceso en situaciones de igualdad a la educación hoy, privará el día de mañana al sector afectado del acceso a las fuentes de trabajo. Estas requieren y requerirán cada vez mayores niveles de conocimiento y manejo de tecnologías. La no asunción de la problemática de la educación como centralidad del ya más general derecho al desarrollo de las personas importa adoptar una conducta estatal direccionada hacia el agravamiento de las futuras generaciones.

Ello permite, ya de regreso a nuestro comentario sobre el caso, agregar un agravio más al sostenido por la parte actora en el caso: la afectación del derecho al desarrollo sostenido intergeneracional al no adoptarse actualmente aquellas medidas adecuadas y razonables que promuevan bajar los índices de desigualdad en la materia. La problemática de la educación asume distintas facetas actualmente y se concreta en planos diversos que permiten o no concretar los mandatos constitucionales en la materia en términos de igualdad: educación en población en situación de encierro, educación multicultural destinada a los pueblos originarios, educación para la tercera edad, educación especial, son algunas de las particularidades que han de presentar tanto los programas como la organización y diseño ya en general del sistema educativo, a fin de lograr nivelar las diversas desigualdades de acceso que en origen anidan en los distintos sectores de la sociedad. Las acciones positivas tienden a instrumentar medidas concretas de incidencia en el colectivo cuya técnica de nivelación se requiere, la omisión estatal de adoptarlas genera una afectación concreta a los derechos ciudadanos reparable rápidamente por la vía de tutela judicial, como ha sucedido en el caso que comentamos.¹³

13. Sobre la dimensión intergeneracional nuestra Constitución federal, tal como es sabido, prevé expresamente la protección del medio ambiente cuando este se ve comprometido de tal forma que pueda generar una afectación a



IV. ANOTACIONES FINALES

El caso sentenciado y que nos ha permitido las presentes notas centró correctamente el problema en la afectación del derecho de incidencia colectiva a la educación. La legitimación en punto a la representatividad del grupo que tan claramente se explica en la decisión judicial es ya una consolidada línea jurisprudencial argentina, máxima a partir de la introducción vía constitucional de los derechos de incidencia colectiva y de quienes pueden ocurrir por ante los tribunales en procura de su protección. *Ampliada*, si se quiere, la noción de legitimación por la introducción vía jurisprudencial de la CSJN de los intereses homogéneos¹⁴ y en punto a la ampliación de los efectos de las sentencias. En el fallo exhibe el criterio que creemos consolidado en la materia. Finalmente y en aquello que refiere al estudio de las competencias públicas, este ha interpretado correctamente los alcances de aquellas en el contexto de la realización del bienestar general mediante la validación de una medida adoptada en el ámbito legislativo que comporta una verdadera acción positiva, con el respectivo alcance en la dimensión colectiva de los derechos. Ello con independencia de tratarse de un acto legislativo de alcance individual, ciertamente poco habitual en la técnica legislativa.

Al tiempo de iniciar estas reflexiones indicábamos a la actividad de los distintos poderes del Estado bajo la denominación común de autoridades públicas. Ello con el fin de recordar la perspectiva de sujetos obligados que ellas asumen en el marco obligacional general del Pacto de San José de Costa Rica.¹⁵ Reforzamos así la idea de que estamos

las próximas generaciones. Esta incorporación del constituyente nacional, creemos, en la dinámica de la ampliación de derechos, importa una categoría que si bien se desprende de la cuestión estrictamente ambiental, engloba las condiciones que hacen al desarrollo sostenido de las personas desde la protección y aseguramiento de determinadas condiciones vitales: de entre ellas, la educación, según venimos explicando. Por su parte y en relación con la cuestión ambiental, es oportuno recordar que en Europa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con una interpretación evolutiva ha construido la protección al medio ambiente a través de exigencias que provienen de la protección de la vida privada y familiar del art. 8 y –en menor grado– del derecho a la vida consagrado en el art. 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos. El punto de partida ha sido la necesidad de asegurar por parte del Estado un adecuado equilibrio entre los intereses del individuo y de la comunidad en su conjunto. Como ilustra la Corte, no existe en la Convención un derecho explícito a un medio ambiente saludable, pero cuando un individuo es directa y seriamente afectado por el ruido u otra contaminación, puede configurarse un caso bajo el art. 8 –*Caso López Ostra v. Spain*, del 9/12/1994; caso *Powell and Rayner v. the United Kingdom*, del 21/02/1990; caso *Guerra and others v. Italy* del 19/02/1998; caso *Kyrtatos v. Greece*, del 22/05/2003; caso *Taşkin and others v. Turkey*, 10/11/2004; caso *Giacomelli v. Italy*, 2/11/2006, entre otros posibles de ser citados.

14. Ver caso CSJN *Halabi –Halabi Ernesto c/PEN - Ley 25873 DTO 1563/04 - s/amparo Ley 16986*, sentencia del 24/02/2009.

15. Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: 1. “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Esa disposición permite deducir que lo relevante para la Convención es que el ejercicio –entendido como goce efectivo en la vida cotidiana– de los derechos se asegure por medidas estatales, sean legislativas o de otro carácter. Ello se ha visto confirmado por la Corte Interamericana al poner de resalto que esa norma de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre



frente a actividades estatales propias de una autoridad pública que se somete a los deberes de adecuar su sistema interno y de remover obstáculos que entorpezcan la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales impuestos desde el bloque de constitucionalidad comprensivo de aquel otro, el de la convencionalidad.

Consideraciones finales:

a. Las distintas decisiones de autoridades públicas producto de las asignaciones de competencias, deben ser analizadas en la dinámica del derecho al desarrollo sostenido de nuestras sociedades y la concreción de las cualidades que hacen a la esencia de la dignidad de las personas. La educación es uno de esos derechos individuales y de incidencia colectiva instrumentales de sociedades más equitativas.

b. Nos encontramos frente a tiempos de cambio en la dinámica de los poderes y la interacción con los ciudadanos; el ciudadano se muestra activo, atrás quedaron aquellas concepciones democráticas que tan solo se estructuraban desde la esporádica participación en tiempos electorales. Por el contrario, es cada vez más sostenida en el tiempo la participación ciudadana y también su exigencia en la accesibilidad a determinadas condiciones mínimas que estructuran la dignidad de las personas.

c. El ciudadano ya no solo se interesa en acceder y conocer los asuntos públicos, pretende incidir efectivamente en las políticas públicas. Los gestores de esas políticas públicas deben abrir sus “despachos” a estas voces y exhibir impactos reales y concretos.

d. Las sociedades actuales muestran en su composición una importante diversidad, donde minorías y mayorías reclaman la preservación de sus derechos de base. El Estado es quien posee, promoviendo niveles de libertad e igualdad, la indelegable tarea de conducir en correcta armonía los diversos conflictos que en la sociedad se generan en materia de acceso a los derechos.

y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, ampliando así el deber inicial de no incurrir en conductas violatorias a la necesaria adopción de medidas de contenido positivo, en tanto “garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce”. (Corte IDH, OC-11/90, “Excepciones al Agotamiento de los recursos internos –art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos–”, del 10/08/1990. Serie A N° 11). Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Como se ha dicho, en la lógica del sistema americano de derechos humanos que se desprende del art. 2 de la Convención reside la idea de que los pronunciamientos de la Corte Interamericana deben trasladarse, en la forma y términos que provea el derecho interno a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional. (Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7/09/2004. Serie C N° 114, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 6).



e. La igualdad y no discriminación es una garantía esencial del PSJCR a punto tal que se encuentra integrada en el concepto de derecho imperativo de los derechos humanos.

f. El control judicial incorpora el paradigma protectorio de los derechos humanos con consecuencias directas en el análisis de la tensión entre derechos y competencias públicas.¹⁶

g. La asignación de funciones estatales tiene por finalidad última la tutela y promoción de los derechos del ciudadano. En tal concepción se revitaliza el bienestar general al que están llamados los poderes a concurrir desde sus competencias. Estas existen para concretar la protección y promoción del hombre, su dignidad, en un espacio de libertad, igualdad y solidaridad.

h. Las prerrogativas públicas son consecuencias instrumentales de un constitucionalismo que en la diversidad busca eficazmente la felicidad del hombre en un espacio de libertad, proponiendo efectivamente mayores niveles de igualdad.

i. Es un mandato ético constitucional al tiempo que epistemológico de nuestra ciencia lograr mayores niveles de impregnación social en las principales categorías del derecho administrativo.

16. Ver Cassagne, Juan Carlos, en “La proyección de los principios generales al acto administrativo”, LL diario del 18/06/2012, p. 4.





2.

“GARCÍA ELORRIO JAVIER MARÍA C/GCBA Y LA LEGISLATURA DE LA CIUDAD S/AMPARO”

SANCIÓN LEY DE COMUNAS

Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA

19 de mayo de 2003





EL CASO “GARCÍA ELORRIO”^{**} Y LAS COMUNAS PORTEÑAS. UN CASO JUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN^{**}

Por Eduardo Mertehikian*

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna puede afirmarse que uno de los más importantes logros del Estado Democrático de Derecho, es el de reconocer –sin discusión– que el texto de nuestra Constitución Nacional posee valor normativo directo, es decir exigibilidad jurídica, cerrando una discusión que de cara a la letra estricta de su art. 31 no debió, en rigor de verdad, tener mayor cabida y que frente a la omisión de los órganos de gobierno en cumplir los mandatos que ella dispone, los jueces pueden compeler su cumplimiento. Esa concepción de “suprema” se ve a mi juicio reforzada en el art. 36 del texto constitucional reformado en 1994, cláusula que –según ha señalado la doctrina– reconoce como *causa eficiente* el recorrido histórico de interrupciones al orden institucional argentino en el siglo pasado.¹

Con todo y como certeramente lo afirmara el Profesor Gordillo, conocemos desde hace más de un siglo y medio el imperio normativo directo de la Constitución, pero nunca pudimos cumplirla plenamente.²

Las decisiones judiciales recaídas en la causa motivo de este comentario, tanto en primera como en segunda instancia, se inscriben decididamente en esa corriente y constituyen un hito jurisprudencial –hay que decirlo de entrada– sumamente valioso en orden a la construcción de un verdadero Estado Democrático de Derecho.

* Profesor de Derecho Administrativo. Ex Director de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Católica de La Plata. Profesor Pro Titular por Concurso de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Argentina. Director de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*.

◆ Expte. N° 3586/01, que tramitó ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 1, Secretaría N° 1 primero, y después ante la Sala I de la Cámara del mismo fuero. Las actuaciones se acumularon con otras de idéntico tenor promovidas con igual objeto en los autos “March Zambrana, Carlos c/GCBA s/Amparo (Expte. 3636/2001) y “Acevedo, José Luis c/GCBA s/Amparo (Art. 14 CCABA)”.

◆◆ Agradezco la inestimable colaboración prestada por la Profesora Ana F. Salvatelli en la revisión y aportes efectuados para la concreción del presente trabajo.

1. Dromi, Roberto - Menem, Eduardo, *La Constitución Reformada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 103.

2. Gordillo Agustín, en García de Enterría, Eduardo - Ramón Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo I*, Primera Edición con Notas de Agustín Gordillo, La Ley, 2006, Nota al Capítulo II, p. 114-B.



Ahora bien, estas líneas no tienen por finalidad ocuparse de la cuestión institucional relativa a “*Las Comunas porteñas*” para cuyo detenido examen existen trabajos muy profundos y a ellos corresponde remitirse,³ sino que su intención es llevar a cabo un breve inventario de las cuestiones que las decisiones han debido abordar y cuya vigencia no ha perdido actualidad.

Las cuestiones a las que me refiero son las relacionadas con *legitimación* de los actores (ciudadanos electores) en su estrecha vinculación con la imprescindible existencia de un “*caso*”, “*causa*” o “*controversia*” que surta la jurisdicción judicial; el alcance del control judicial en su relación con las potestades deferidas a los órganos de gobierno para actuar o para no hacerlo; la obligación de los jueces de conformar su actuación al texto de la C. Nacional y a las leyes que en su consecuencia se dicten; el controversial asunto de las cuestiones excluidas del control judicial no obstante la clara previsión contenida en el art. 116 del texto constitucional federal (art. 106 de la Constitución de la Ciudad) y, finalmente, la potestad judicial para ordenar a los otros órganos del gobierno a “*hacer*” lo que han omitido hacer, no obstante la existencia de una previsión constitucional que impone una determinada conducta (verbigracia; el dictado de una ley reglamentaria).

Ante todo cabría decir que la circunstancia de que los jueces carezcan de la competencia para sustituir a la autoridad de gobierno en los criterios que este hubiere escogido, no implica en modo alguno que el orden jurídico no les imponga el deber de fiscalizar la verificación concreta de los hechos y del derecho invocado por la autoridad administrativa, o la razonabilidad de las decisiones adoptadas por la autoridad legislativa, o las omisiones de cualquiera de ellos ante un concreto deber de obrar. En este campo pareciera que la única limitación que tiene el órgano judicial es no verse tentado a sustituir el criterio de la autoridad de gobierno por el propio, pero con esa única limitación es de toda evidencia que frente al expreso texto del art. 116 de la C. Nacional –en una mirada convencional– es difícil seguir sosteniendo que exista un ámbito excluido del conocimiento judicial.

Dicho esto, seguidamente nos abocaremos al análisis del caso judicial no sin antes mencionar que la jurisprudencia posterior, especialmente la emanada de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha validado varios de los criterios empleados por los jueces a los que les cupo intervención en el caso “*García Elorrio*”.

3. Por todos, Salvatelli, Ana, *Las Comunas Porteñas*, Publicación del Instituto Buenos Aires de Planeamiento Estratégico (IBAPE), Buenos Aires, Julio 2011. Christe, Graciela E., “La problemática institucional de las comunas de Buenos Aires”, en (VV. AA.) *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2005, pp. 729-742.



II. EL CASO

Frente a la injustificada omisión de los estamentos de gobierno en proceder a la reglamentación de la previsión contenida en el art. 127 y siguientes de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –disposiciones que establecen para la ciudad un modelo de descentralización territorial política y administrativa bajo un régimen que denomina “*comunas*”– el actor, invocando su calidad de ciudadano y en defensa de sus derechos políticos y electivos, promueve una acción judicial de amparo con la finalidad de que el Poder Judicial condene a los demandados a que suplan dicha omisión.

La acción fue promovida contra el Gobierno de la Ciudad y la Legislatura, en virtud de la omisión *“en que habrían incurrido tales Poderes del Estado al no proyectar, sancionar y promulgar la ley de creación de Comunas prevista en los Arts. 127 y siguientes de la Constitución local y en su cláusula transitoria decimoséptima, conducta esta a la que califica como un ataque manifiesto y artero a sus derechos políticos y electivos dado que mediante ella se le provoca la imposibilidad de elegir y ser elegido, en violación a los Arts. 1, 33, 37 y concordantes de la Constitución Nacional y 1, 62 y concordantes de la Constitución de la Ciudad”*. A su vez, y con base en las diversas omisiones reflejadas en las sucesivas leyes de presupuesto sancionadas que no incluyeron ninguna asignación de las respectivas partidas para cada Comuna –violando así el art. 129 de la Constitución local– quedaba demostrado –según el relato del actor– *“una clara voluntad política de no crearlas.”*

Es imprescindible aquí realizar un breve repaso de las normas constitucionales que organizan el régimen de comunas en la Ciudad.

Así, resulta de cita obligada el art. 127 que dispone: *“Las Comunas son unidades de gestión política y administrativa con competencia territorial. Una ley sancionada con mayoría de dos tercios del total de la legislatura establece su organización y competencia, preservando la unidad política y presupuestaria y el interés general de la Ciudad y su gobierno. Esta ley establece unidades territoriales descentralizadas, cuya delimitación debe garantizar el equilibrio demográfico y considerar aspectos urbanísticos, económicos, sociales y culturales”*.

Concordantemente, el artículo 82 impone la mayoría de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura para la sanción, entre otras, *“de la ley prevista en el artículo 127 de esta Constitución”* (inciso 3).

Finalmente, la Disposición Transitoria Decimoséptima de la Constitución local que dispuso que la primera elección de los miembros del órgano establecido en el artículo 130 (Juntas Comunales) *“tendrá lugar en un plazo no menor de cuatro años ni mayor de cinco años, contados desde la sanción de esta Constitución”*.

Por esa razón y dado que la sanción de la Constitución de la Ciudad se verificó el 1º de octubre de 1996, el plazo indicado por la Cláusula Transitoria 17ª venció el 1º de octubre de 2001, sin que se cumpliera con el mandato constitucional.



No obstante, la Ley Orgánica de Comunas N° 1777 (BOCBA N° 2292 del 7/10/2005) fue sancionada el 1° de septiembre de 2005, ya vencido con holgura el plazo previsto por el constituyente; circunstancia que motivó la acción judicial objeto de comentario.⁴

II. 1. Una cuestión previa. La legitimación de los actores

Tanto la sentencia de primer grado, como la de la Cámara, reconocieron legitimación activa en cabeza de los actores por su condición de ciudadanos electores, es decir titulares de un derecho electoral activo (a elegir), no habiéndose invocado ni probado que existiera alguna causa excepcional de inhabilitación.

La legitimación había sido cuestionada por el Gobierno, pero no por la Legislatura codemandada en autos, dado que estos no habían acreditado su domicilio en la ciudad, ni por ende su condición de integrantes de su cuerpo elector, ni que se encontraban en condiciones de ser elegidos o estuvieran propuestos por un partido político a ese efecto.

El juez de primera instancia desestima el planteo sobre la base de lo decidido por el Superior Tribunal de Justicia de la CABA en la causa “Corach, Hernán José c/Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/Amparo” (TSJ, 11-7-2001; Causa 1021/01). A mayor abundamiento, argumenta que *“el interés de los actores no es el genérico de cualquier ciudadano en que simplemente se cumpla con la ley, que alguna opinión ha descartado como sustento admisible de una acción judicial. Sin perjuicio de advertir que las demandadas no han planteado la cuestión, y, a la par, que tal doctrina restrictiva debe relativizarse frente al amplio sistema de tutela judicial efectiva y amparo de derechos que organiza la ley suprema local y los principios que la animan, cabe recalcar que **en el caso se trata de un derecho subjetivo, que la Constitución ha puesto en cabeza directa de los accionantes, y cuyo ejercicio es, además, la puerta que debe existir inevitablemente para habilitar el ejercicio de otros derechos que también le reconoce la Constitución, en el ámbito general del sistema participativo**”* (el énfasis es mío).

Del criterio de que estamos frente a un “caso” en los términos del art. 106 del Código Contencioso Administrativo y Tributario local (CCABA) también se hace eco la Cámara, y añade que la naturaleza de la materia debatida –omisión legislativa– *“no constituye óbice para la intervención del Poder Judicial. En efecto, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires pone en cabeza de este el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por ella, los Convenios que celebre la Ciudad, los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales (art. 106)”*.

En orden a este determinante aspecto, es imprescindible señalar que en un muy reciente fallo pronunciado el 14/4/2015 nuestra Corte de Suprema de Justicia de la Nación, en la causa *“Colegio de Abogados de Tucumán c/Honorable Convención Constituyente*

4. Salvatelli, Ana, *Las Comunas Porteñas*, op. cit., p. 73.

5. Considerando XII.2.



de Tucumán y otro”,⁶ nos ha venido a recordar que para establecer la exigencia de la legitimación procesal (en el caso de la asociación demandante) “*resulta imprescindible verificar la existencia de un ‘caso’ o ‘causa’, requisito que, de acuerdo con la inveterada doctrina de esta Corte, habilita la intervención de cualquier tribunal de justicia, y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en particular. Dichas causas o controversias –se expresó en distintos precedentes– son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas, el que debe estar fundado en un interés ‘específico’, ‘concreto’, ‘directo’ o ‘inmediato’ atribuible al litigante (Fallos: 322:528; 324:2381 y 2408, entre otros)*”.⁷

Ahora bien, en este precedente nuestra Corte Suprema federal expresamente decide que cuando lo que pelagra es el mismo derecho fundamental a que la Constitución se mantenga, no se está frente a un problema de legitimación corriente, “*pues lo que se invoca es la afectación de la fuente misma de toda legitimidad. Por este motivo, la configuración del ‘caso’ resulta diferente a la delineada por el Tribunal en precedentes que involucraban otro tipo de derechos. En estas situaciones excepcionadísimas, en las que se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la arquitectura de la organización del poder diagramada por la Ley Fundamental, la simple condición de ciudadano resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés ‘especial’ o ‘directo’. Ello así ya que, cuando están en juego las propias reglas constitucionales ‘no cabe hablar de dilución de un derecho con relación al ciudadano, cuando lo que el ciudadano pretende es la preservación de la fuente de todo derecho. Así como todos los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, están también igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo la amenaza cierta de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé’ (Fallos: 317:335 y 313:594, disidencias del juez Fayt)*”⁸ (La negrita es agregada).

Ami ver, *mutatis mutandi*, el criterio expuesto por el Alto Tribunal en “Colegio de Abogados de Tucumán” no hace sino confirmar lo decidido en “García Elorrio” aquí en comentario, donde los actores (ciudadanos electores) plantean su “caso” ante una situación que a primera vista luce como una injustificada omisión de los órganos encargados de dictar las normas reglamentarias necesarias, para poner en vigencia –nada menos que– la propia “arquitectura” organizativa de participación ciudadana, que el Constituyente porteño de 1996 expresamente diseñó como forma republicana del gobierno local.

II. 2. La pretensión de los actores. La omisión del legislador

Una circunstancia que no puede dejar de mencionarse es que la decisión de Cámara en su Considerando VII) pone de relieve la escasa fundamentación de los escritos de

6. CSJN 22/2009 (45-C) Recurso de Hecho.

7. Considerando 6º del Voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Maqueda y 6º del voto del juez Fayt.

8. Considerando 9º del voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda. La negrita es agregada.



demanda [que] “no guarda[n] proporción adecuada con la entidad y trascendencia del objeto procesal de la pretensión. Sin embargo, el amparo fue sustanciado y se dictó sentencia. Luego, teniendo en cuenta el estado procesal de la causa, la importancia de la cuestión y el hecho de que los memoriales reúnen los requisitos necesarios para sostener los recursos, el Tribunal se abocará a examinar el *thema decidendum* propuesto a su decisión”.

Pese a esa apuntada falencia, el Tribunal de segunda instancia pareciera que privilegió la necesidad de un pronunciamiento suyo, en atención a la trascendencia institucional que el caso revestía.

Necesario es retener que según surge de la lectura del fallo de primera instancia, la “pretensión” de los promotores de la acción de amparo estaba dirigida a que “se ordene a los órganos demandados a proyectar, sancionar y promulgar la ley omitida, en un tiempo prudencialmente breve, bajo el apercibimiento que este Tribunal entienda conveniente para garantizar los derechos vulnerados, y que establezca sanciones personales en cabeza del Jefe de Gobierno de la Ciudad y de cada uno de los legisladores, para el supuesto de incumplimiento de la sentencia a dictarse”.⁹

En ese orden de ideas, siempre es bueno recordar que la *pretensión procesal* está integrada por un elemento subjetivo y por dos elementos objetivos (objeto y causa). La *causa*, *fundamento* o *título* de la pretensión consiste en la invocación de una concreta situación de *hecho* a la cual el actor asigna una determinada consecuencia jurídica y que no debe confundirse con los simples argumentos expuestos por el demandante ni mucho menos con las normas jurídicas invocadas, pues no son estas las que individualizan la pretensión, sino los *hechos* afirmados en la medida de su idoneidad para producir un determinado efecto jurídico.¹⁰

El objeto del proceso contencioso lo configura la pretensión y admitiendo que la acción sea un derecho cívico (Carnelutti), o una de las especies en que se manifiesta el derecho constitucional de peticionar a las autoridades (Couture), resulta claro que esta última no es otra cosa que el poder de hacer valer una pretensión y que constituye, por lo tanto, un *supuesto*, de actividad procesal.¹¹

Lo que no debe confundirse es la acción con la pretensión, “pues aquella no es otra cosa que el derecho en cuya virtud la pretensión puede ser llevada a la consideración de un órgano judicial”, y tampoco pretensión con demanda “porque esta no solo no constituye el objeto del proceso, sino que es un mero acto de iniciación procesal. Quizás una de las razones que ha impedido percibir la diferencia entre estos dos conceptos deriva de la circunstancia de que, en la gran mayoría de los casos, la pretensión procesal se encuen-

9. Considerando I) de la sentencia de primera instancia.

10. Palacio, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, cuarta edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 113.

11. Ídem.



tra contenida en la demanda, lo cual sin embargo no es forzoso”.¹² “...la configuración jurídica de la pretensión procesal solo requiere que esta contenga una afirmación de derecho o de consecuencia jurídica derivada de determinada situación de hecho, con prescindencia de que tal afirmación coincida o no con el ordenamiento normativo vigente. La pretensión, en otras palabras, puede ser fundada o infundada”,¹³ pero su correcta noción no puede –insistimos en ello– ser confundida.

Sentado ello, la pretensión de los actores se encontraba dirigida a que el Juez ordenase hacer a los órganos políticos lo que había sido omitido por estos y que –según la demanda promovida– consistía en “proyectar, sancionar y promulgar la ley omitida, en un tiempo prudencialmente breve”, dado el holgado vencimiento de los plazos dispuestos por el constituyente local, lo cual –necesariamente– nos remite a la relación entre el poder constituyente y el poder constituido, pues en esa relación se encuentra directamente implicado el criterio rector de la supremacía constitucional consagrada en el art. 31 de la Constitución Nacional y el orden de prelación de las normas.

Siguiendo en esto las siempre vigentes explicaciones del Profesor Bidart Campos, no sobra decir que “el principio de supremacía se vincula con la teoría del *poder constituyente*, y con la tipología de la Constitución *escrita y rígida*. En efecto, la Constitución es establecida por un poder constituyente; el poder constituido o poder del Estado no puede ni debe sublevarse contra la Constitución que deriva de un poder constituyente, formalmente distinto y separado del poder constituido. Además de ello, si ese poder constituyente ha creado una Constitución escrita y *rígida*, fijando para la reforma de la misma un procedimiento distinto al de las leyes ordinarias, ha sustraído a la Constitución de las competencias y formas propias de los órganos del poder constituido. Todo acto contrario a la Constitución implica de hecho, y por esa sola alteración, una “reforma” a la Constitución llevada indebidamente a cabo fuera del mecanismo que ella ha arbitrado para su enmienda. Si tales actos valieran, se frustraría el sentido del tipo constitucional escrito y rígido. Por consiguiente, para salvar incólume a la constitución rígida, los actos que se le oponen deben reputarse *privados de validez*”.¹⁴

En ese contexto de supremacía constitucional, donde parece fluir con claridad que el control judicial sobre los actos o conductas de signo positivo de los otros poderes es susceptible de ser efectuado por los jueces, el interrogante que surge es si tal escrutinio judicial puede desplegarse con igual fuerza también frente a las omisiones de esos mismos órganos, y –más aún– si ante tales omisiones de actuación concretamente verificadas, pueden los jueces suplirlas con su propia actuación. Es decir, si el control de constitucionalidad que los jueces deben ejercitar cuando estamos ante comportamien-

12. *Ibíd.*, p. 112.

13. *Ibíd.*, p. 113.

14. Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, nueva edición ampliada y actualizada, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 137. El destacado es del original.



tos positivos, puede o (en rigor) debe ser ejercido con la misma intensidad ante una concreta omisión de actuación.

Las decisiones de los jueces recaídas en el caso se inclinaron por la respuesta positiva al interrogante y ante la omisión de los órganos de gobierno que estimaron contraria al orden jurídico, resolvieron el asunto ordenándole a aquellos que desplegaran conductas concretas de signo positivo. Sin embargo, se aprecian diferencias sustantivas entre lo resuelto en primera instancia y lo posteriormente decidido por la Cámara de Apelaciones.

En efecto, la sentencia de primera instancia ordenó a la Comisión de Descentralización y Participación Ciudadana de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que *“produzca despacho sobre alguno cualquiera de los proyectos de ley que eventualmente estén o sean sometidos a su consideración y tengan como objeto la organización de las Comunas en la Ciudad, de acuerdo con las prescripciones de los Arts. 127 y concordantes de la Constitución local, y pongan el proyecto que se trate a debate y decisión del pleno de la Legislatura, en la forma y plazos previstos por las normas aplicables del reglamento Interno del Cuerpo”*.¹⁵

Todo ello fue mandado hacer bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento por el órgano legislativo, el Gobierno de la Ciudad convocase a elecciones para cada uno de los distritos delimitados para los dieciséis Centros de Gestión y Participación existentes al tiempo de la sentencia (2001) y así se eligieran los integrantes de las Juntas Comunales previstas en el art. 130 de la Constitución local. A su vez, ordenó que el Ejecutivo adoptase las decisiones instrumentales adicionales que posibiliten el ejercicio por las mencionadas Juntas Comunales de sus funciones constitucionales. *“Todo ello hasta que se dicten las leyes contempladas en los Arts. 127 y demás concordantes del Título Sexto de la Constitución de la Ciudad”*.¹⁶

La sentencia de la Cámara de Apelaciones CAyT (2003), en cambio, revocó parcialmente la decisión en cuanto le imponía al Ejecutivo de la Ciudad conductas concretas y consecuentemente le ordenó a la *“demandada que sancione la ley sobre organización y competencias de las comunas –prevista por el art. 127 CCABA– durante el periodo legislativo en curso”*.

Para resolver de tal modo estimó que la sanción de la citada ley reglamentaria era una competencia exclusiva de la Legislatura de la Ciudad, *“y por lo tanto, su inactividad no puede ser suplida por el Poder Judicial o por el Poder Ejecutivo. De ello se desprenden dos consecuencias. Por un lado, ante la omisión antijurídica en que incurrió la Ciudad y ha quedado comprobado en el sub examine, no corresponde sin embargo que el Poder Judicial dicte la regulación faltante, sino por el contrario que ordene las medidas necesarias para que cese la conducta pasiva que, según se ha señalado ut supra, resulta lesiva de derechos constitucionales. Por otra parte, este pronunciamiento no implica indicar a la parte demandada que, al subsanar su conducta omisiva, legisle*

15. Apartado 3 del fallo de primera instancia del Juez Juan V. Cataldo.

16. Apartado 4, *in fine*, del fallo de primera instancia.



en determinado sentido la organización y competencia de las comunas, sino que simplemente se dirige a ordenarle que cumpla con la obligación de legislar, que deriva del mandato impartido por el constituyente".¹⁷

En cuanto al pedido de apercibimiento que le solicitó la parte actora en caso de que la sentencia fuera incumplida, la Cámara señaló en el Considerando XXI que resultaba improcedente en el estado de la causa, y ello en razón de que *"resulta razonable presuponer que los órganos del Estado acatarán la orden jurisdiccional que, en rigor, no es sino una reiteración –enfática y enérgica– de la impartida previamente en la Ley Fundamental de la Ciudad. En efecto, es presumible la sujeción del poder público al Estado de Derecho, particularmente en una cuestión de notable trascendencia institucional que compromete los derechos políticos de la ciudadanía en el marco de la descentralización diseñada por el constituyente"*.

No obstante, hay que decir que la ley fue sancionada recién dos años después de la sentencia (2005) y la primera elección de las Juntas Comunales se llevó a cabo en las elecciones del año 2011; es decir la plena vigencia constitucional en este determinante aspecto de la organización política local se concretó (apenas) quince años después de sancionada la Constitución local.

Como se aprecia, el interrogante expuesto al comienzo tuvo dispar respuesta en las decisiones de primera y de segunda instancia, ya que mientras el juez de grado ordenó medidas que suplieran el eventual incumplimiento del estado demandado, la Cámara –por el contrario– se limitó a condenar la realización de una obligación de hacer por parte de aquel, sin inmiscuirse –al menos en esa instancia– sobre el eventual incumplimiento de la sentencia que –por principio– también anticipadamente descartó.

Viene al caso mencionar que en forma contemporánea a la decisión de la Cámara en *"García Elorrio"*, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires pronunciaba también su conocida sentencia en los autos *"Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/Amparo"* (Causa B 64.474; del 19/3/2003).

Como se recordará, el "caso" fue motivado a raíz de la omisión o inactividad en el cumplimiento de la manda constitucional, legal y reglamentaria de poner en funcionamiento el fuero contencioso administrativo, descentralizado territorialmente, que el constituyente provincial dispuso en el art. 166 de la Constitución de la provincia reformada en 1994.

Con su decisión, el Alto Tribunal provincial hizo lugar a la acción de amparo promovida por la mencionada corporación profesional y previo declarar, por mayoría de votos, *manifiestamente arbitraria* la demora de la Provincia de Buenos Aires en la puesta en funciones de dicha reforma del fuero, ordenaba la adopción de medidas concretas que estaban dirigidas tanto al Poder Ejecutivo, como al Senado provinciales, para su

17. Considerando XX de la sentencia de la Cámara de Apelaciones CAyT integrada por los Jueces Inés M. Weinberg de Roca y Carlos F. Balbín.



inmediata puesta en vigencia antes del 1º de septiembre de ese mismo año 2003; todo ello bajo apercibimiento –en caso de incumplimiento– de proceder a la ejecución de la decisión adoptada “*en la manera que resulte idónea, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 163 de la Constitución*”.

El análisis de los votos de los distintos magistrados que intervinieron en aquel caso por la SCJBA, si bien excede el marco de este comentario, pone en evidencia no obstante, la tensión que se produjo entre las distintas posiciones frente al mismo problema, es decir, si los jueces pueden o no suplir la omisión de los estamentos de gobierno correspondientes para tomar las decisiones que son propias de sus ámbitos de competencia constitucional.

II. 3. La acción de amparo como vía adecuada para el ejercicio del control judicial y de la verificación de la omisión constitucional antijurídica

No sin antes mencionar lo que no hace mucho advirtiera el Profesor Bianchi, el examen de la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal en orden al control judicial de constitucionalidad de los actos de gobierno, denota que no hay estándares objetivos y que la Constitución sigue siendo lo que los jueces dicen que es.¹⁸

También debe decirse que temprana y reiteradamente ha dicho nuestra Corte Suprema que allí donde hay un derecho, hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido (Fallos: 239:459; 241:291; 315: 1492).

Tras la reforma constitucional de 1994 y la inclusión en su texto de la acción de amparo, (al igual que lo ocurrido en la Constitución de Ciudad de Buenos Aires de 1996) y –especialmente– de la jurisprudencia posterior construida a su abrigo, no es admisible seguirla concibiendo como una acción heroica, excepcional, subsidiaria y residual y de ese criterio se hacen expresamente eco las decisiones pronunciadas por los jueces que intervinieron en la causa “*García Elorrio*” con expresa cita de los criterios emanados del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

Tampoco es suficiente para desechar esta acción constitucional, la abstracta alegación de la existencia de otras vías, sino que ello dependerá también –como ha dicho nuestra Corte Suprema– de la situación concreta de cada demandante, cuya evaluación corresponderá a los tribunales de grado (Fallos: 318:1154, “*Video Club Dreams*”).¹⁹

18. Bianchi, Alberto B., “Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Suprema”, donde el autor realiza un pormenorizado análisis de la jurisprudencia del Alto Tribunal en el período 2013, *Suplemento Especial La Ley*, p. 70.

19. Respecto de este pronunciamiento, la Profesora Gelli señaló en su momento que cabía preguntarse “si esta interpretación flexible de la Corte Suprema es trasladable a la hermenéutica del nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional. Si la respuesta es afirmativa –y lo considero conveniente– los jueces poseen un amplio espacio para mensurar, en los casos concretos y en la situación específica de cada demandante, no ya la existencia de otra vía procesal, sino la menor idoneidad del remedio procesal previsto en el ordenamiento jurídico para proteger el derecho lesionado”.



Con más amplitud ha dicho más recientemente el Alto Tribunal que *“el mero señalamiento de la existencia de ‘otras vías procesales’ implica desconocer que no se debe resistir dogmáticamente la admisibilidad del amparo para ventilar un asunto que, como cualquier otro que se promueva a través de esta acción, contaría, desde luego, con vías alternativas. De otro modo cabría considerar que la Constitución Nacional en su art. 43, ha establecido una garantía procesal que, en definitiva, resultaría intransitable”* (Cfr. sentencia del 3/3/2009 en *“Rozniatowsky, Rosa Cristina c/Estado Nacional”*).²⁰

En esa misma oportunidad señaló expresamente que ante la concreta omisión en el actuar que allí se le endilgaba al Estado Nacional en la ejecución de trabajos públicos, los jueces se vieron obligados a *“tomar un rol activo y desplegar particular energía en hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a la protección de derechos fundamentales”*.²¹

Ahora bien, en la causa *“Thomas, Enrique c/Estado Nacional Argentino”* (Fallos: 333:1023) en la que por virtud de una medida cautelar decretada por la Justicia federal de Mendoza un legislador nacional había obtenido la suspensión con efectos *erga omnes* de la Ley 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, nuestra Corte Suprema federal, luego de realizar un repaso de los distintos modelos de control de constitucionalidad vigentes en el derecho comparado, expone que el nuestro es del tipo difuso o norteamericano en forma pura y que según este sistema, cualquier juez puede en un proceso judicial concreto, declarar la inconstitucionalidad de una norma y en consecuencia sentenciar sin aplicarla.

Más tarde, en la sentencia pronunciada en *“Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”* del 27/11/2012 (R. 401. XLIII) el Alto Tribunal reconoce que el control de constitucionalidad ejercido por los jueces “a petición de parte” es el resultado de un aditamento pretoriano que estableció formalmente el Tribunal en el año 1941, en su conocido precedente *“Ganadera Los Lagos”* (Fallos: 190:142) y que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta también las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos, razón que exige –aun de oficio– de los Tribunales el (así denominado) *“control de convencionalidad”* de las normas y actos de derecho interno.

Pues bien, habiendo quedado admitida por los jueces que se pronunciaron en la causa *“García Elorrio”* en comentario que la acción de amparo es una acción principal y vía judicial adecuada para el examen de concretas omisiones de parte de los órganos políticos de gobierno, viene también al caso decir que dicho extremo se considera verificado en el supuesto al expresar que *“Dada la claridad del mandato constitucional examinado, que*

(Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, 4ª edición ampliada y actualizada, t. I, p. 613, Buenos Aires, La Ley, 2008. El destacado es del original).

20. R. 1242. XLIII. R.O. *“Rozniatowsky, Rosa Cristina c/Estado Nacional - Secretaría de Energía de la Nación s/Amparo”* del 3/3/2009, sentencia no publicada en la colección Fallos de la Corte Suprema.

21. *Ibíd.*



prescribe la realización de una conducta concreta –sanción de la ley de comunas– y dentro de un lapso preciso –entre cuatro y cinco años a partir de la sanción de la Constitución de la Ciudad– su incumplimiento –omisión legislativa– exhibe ilegalidad o arbitrariedad manifiesta. A su vez, conforme lo dicho precedentemente esta conducta lesiona los derechos constitucionales de los actores. Por lo tanto se encuentran reunidos los presupuestos del amparo por omisión, en los términos de los arts. 43 CN y 14 CCABA”.^{22, 23}

II. 4. Colofón. La validación del criterio expuesto en “García Elorrio” por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Intendente Municipal Capital s/Amparo”

No podría concluirse el examen aquí abordado sin recurrir, una vez más, a la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, pues el análisis de una de sus decisiones recientes no hace sino confirmar que las omisiones inconstitucionales son susceptibles de generar un *caso judicial* y –consecuentemente– deben ser juzgadas por los jueces; y su cita estimo también sumamente valiosa, habida cuenta de las semejanzas que presenta con el resuelto en “García Elorrio”.

En efecto, en la decisión recaída en la causa “Intendente Municipal Capital s/Amparo” (11/11/2014)²⁴ y ante un planteo realizado por el Intendente Municipal de la Ciudad de La Rioja solicitando que se declarara inconstitucional el incumplimiento de su provincia de dictar el régimen de coparticipación de impuestos municipal previsto en los artículos 168 y 173 de la Constitución local y en el art. 9, inciso g) de la ley 23548 de Coparticipación Federal de impuestos, de conformidad con los artículos 5 y 123 de la Constitución Nacional, nuestra Corte Suprema federal resalta el carácter supremo de su texto como norma jurídica de aplicación directa y ordenadora de todo el plexo de disposiciones que se le subordina.

Se debatía en el caso la vigencia efectiva de la autonomía municipal consagrada por la Constitución Nacional reformada en 1994 a partir de la cual, señala la decisión, “*aparece el municipio en el diseño federal argentino como el orden de gobierno de mayor proximidad con la*

22. Considerando XIX de la sentencia de la CCAyT.

23. En una decisión del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad recaída en un supuesto análogo en el que también se debatía la eventual omisión de la Administración en el cumplimiento de prestaciones positivas a su cargo en materia de vivienda, puede leerse que “*para considerar incumplida una obligación constitucional y ordenar, en consecuencia una conducta que la subsane, es requisito que el pronunciamiento recepte y se haga cargo de las defensas de la parte demandada, estableciendo de manera coherente y razonada los límites al ejercicio de los derechos alegados, si estos son absolutos, cuál es el deber que el ordenamiento jurídico le impone a la Administración, si existe una forma concreta bajo la cual deba ser prestada la tutela a la vivienda, qué ocurre con el principio cardinal de igualdad ante la ley frente a las necesidades de otras personas en idéntica situación, cómo se adapta el cumplimiento de estas sentencias a las normas presupuestarias y a la realidad de que los recursos disponibles son limitados, entre otros argumentos que invoca la demandada para refutar la inexistencia de omisión de su parte*”. (Del voto de la Dra. Ana María Conde en la causa “Tolosa, Estela Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. N° 4568/06, fallo del 9/8/2006).

24. Expediente Letra I. 150. XLVIII. RECURSO DE HECHO.



ciudadanía” (Considerando 7º, primer párrafo) y cómo, a partir del incumplimiento por parte de la Provincia de La Rioja en el dictado de la legislación de coparticipación de impuestos provinciales con los municipios, dicho régimen autonómico se ponía en crisis.

Las actuaciones llegan a conocimiento del Alto Tribunal –por vía de una queja interpuesta por el Intendente municipal ante la desestimación del recurso extraordinario federal– luego de que el Tribunal Superior de Justicia local rechazara *in limine* la acción de amparo, alegando la existencia –entre otros fundamentos– de una *cuestión política* no justiciable que la Constitución provincial asignaba de manera privativa a los poderes políticos del Estado, y que el art. 173 de la Constitución de La Rioja supeditó la vigencia del régimen de coparticipación a la formalización de acuerdos entre las provincias y los municipios y que al no haberse producido tales acuerdos, el mandato constitucional no resultaba exigible; es decir que *“su inobservancia no era entonces el resultado de un acto voluntario por parte del Poder Legislativo provincial”*.

Luego de examinar el régimen autonómico municipal consagrado en la C. Nacional y las disposiciones de la C. Provincial, el Tribunal destaca que *“la Constitución Provincial estableció la obligación de sancionar un régimen de coparticipación municipal con claras directivas al legislador”* (Considerando 10º, segundo párrafo) y que *“Sin embargo, estas normas han sido incumplidas por los poderes constituidos de la Provincia de La Rioja. Es incuestionable que la omisión del dictado de la ley que coparticipa fondos entre los municipios lesiona el diseño mismo establecido por el constituyente, y que por esa vía la provincia traspone los límites de lo racional y razonable para la vigencia efectiva de la autonomía municipal (arg. Fallos: 328:175)”* (Considerando 11º).

Más adelante y con énfasis señala: *“Que si la omisión desarticula en parte la forma del estado federal que dispuso el constituyente nacional –al reconocer el principio de la autonomía municipal– y provincial –al reglar el alcance y contenido de dicha autonomía–, esclarecer la cuestión implica forzosamente que los jueces interpreten la Constitución en el marco de una causa contenciosa. No se trata entonces de imponer un alcance determinado a la autonomía municipal, pues ello es ya una atribución ejercida por el constituyente provincial, sino de asegurar que una vez ejercido ese poder, las autoridades constituidas respeten el grado de autonomía asignado a los diferentes niveles de gobierno, y provean los recursos de acuerdo a los parámetros preestablecidos para efectivizarla”* (Considerando 12º). (La negrita es añadida.)

Finalmente –en lo que aquí más interesa– dice que *“no resulta posible sostener que el dictado de la ley –es decir, el acatamiento de la Constitución– queda condicionado a la concreción de acuerdos políticos entre provincia y municipios que en 16 años no han sido logrados. Al subordinar el proyecto constitucional a la posibilidad de obtener o no esos acuerdos sin considerar la irrazonable demora en alcanzarlos, el argumento invierte una regla del orden constitucional argentino, según el cual la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular; frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos ne-*

cesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza su texto” (Considerando 13°). (La negrita de nuevo es agregada.)

Me pareció imprescindible extenderme en el examen de este precedente, porque queda así perfectamente establecido el principio de la supremacía de nuestra Constitución Nacional y de la plena subordinación de los poderes constituidos no solamente a su texto, sino también al conjunto de principios y valores que ella consagra y su atenta lectura no hace sino validar el criterio desplegado de los jueces de la causa aquí en comentario.

III. CONCLUSIONES

Como alguna vez ya mencioné²⁵ y así también lo ha destacado calificada doctrina,²⁶ no debemos olvidar que nunca existió en nuestro sistema jurídico aquella prohibición que rigió inicialmente en Francia dirigida a los jueces, quienes no podían “*so pena de prevaricato, perturbar en ninguna forma las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar a los funcionarios para que, por motivos de sus funciones, comparezcan ante sus despachos*” (Ley 16-24 agosto de 1790, título 2, art. 13), disposición que fue derogada por un decreto legislativo²⁷ el 19 de septiembre de 1870.²⁸

Por el contrario, es sabido que el texto de nuestra Constitución Nacional (actual art. 116, antes art. 100) y la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación desde sus primeros fallos, admitieron que el control de constitucionalidad de los actos legislativos y gubernativos de los otros poderes del Estado quedó residenciado en cabeza de los jueces, con la única limitación de que no les es dable suplir el criterio de oportunidad política empleado por los otros órganos de gobierno.

En el tránsito a la definitiva instauración de un *Estado Democrático de Derecho*, no hay cabida para concebir un derecho administrativo despojado del derecho constitucional y mucho menos como una creación artificiosa destinada a justificar el ejercicio del poder.

Frente a la omisión a un deber jurídico de actuación concreta que pese sobre el órgano legislativo o sobre el órgano administrativo, corresponde que los jueces, ejerciendo

25. N. del A. “Apuntes sobre la falta de servicio como fundamento de la Responsabilidad del Estado-Administración en el Derecho argentino”, en VV. AA. *La Primacía de la Persona Humana* - Estudios en Homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss, Legal Publishing - Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2009, pp. 951-959.

26. Mairal, Héctor A., “*El Derecho Administrativo y la Decadencia Argentina*”, conferencia pronunciada por el nombrado al incorporarse como Académico de Número a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas en sesión pública del 22 de agosto de 2012. Publicación de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, ISSN: 0325-4763, Buenos Aires, Enero 2013, p. 17.

27. Que en este caso era un decreto extraordinario de estado de sitio.

28. Vid, decisión del Tribunal de Conflictos del 30-julio-1873, “Pelletier”, en *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*, 8ª edición francesa, 1ª edición española, Bogotá, Colombia, 2000, Ediciones Librería del Profesional.



su poder jurisdiccional y ante la existencia de un caso o controversia, desplieguen con energía sus atribuciones constitucionales y legales, y las decisiones recaídas en la causa “*García Elorrio*” son un claro ejemplo de que cuando ejercen su importante rol con estricto apego a la normatividad vigente e imparcialidad, pueden poner las cosas en su justo cauce.



3.

**“LATINOCONSULT S.A. PROEL SUDAMERICANA S.A.
ARINSA S.A. (UTE) C/GCBA S/OTROS REC. JUDICIALES C/
RES. PERS. PÚBLICAS NO EST.”**

CONTRATOS DE “*LARGA DURACIÓN*”

**Juzgado de Primera Instancia N° 12, Secretaría N° 23 en lo Contencioso
Administrativo y Tributario de la CABA**

5 de diciembre de 2003



RENEGOCIACIÓN EN CONTRATOS DE “LARGA DURACIÓN” (CON MOTIVO DEL FALLO “LATINOCONSULT”)

Por Alejandro Pérez Hualde*

SUMARIO

El análisis del fallo, y de sus antecedentes, procura sumar una argumentación que conduce al mismo resultado pero partiendo desde el plano de los nuevos abordajes que ofrecen la más actualizada doctrina administrativista en materia contractual pública y la efectiva incorporación del contrato “*de larga duración*” en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1011).

Cabe expresar, primero que nada, nuestro agradecimiento grande a la distinción que significa la invitación a participar de este homenaje aniversario de la creación del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de esta Ciudad de Buenos Aires. Con mayor razón nuestro orgullo porque nos destaca el hecho de hacernos parte y porque esa participación consiste en colocar al análisis crítico uno de sus quince fallos seleccionados, en este caso, en materia de contratos administrativos en general y, en especial, de renegociación.¹

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia y Presidente del Consejo de la Magistratura de la provincia de Mendoza. Miembro correspondiente de las Academias Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de Nicaragua, del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA). Director de carrera de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo. Profesor de “*Derecho Administrativo II*” de la Facultad de Derecho de la misma Universidad, de “*Derecho Público Económico*” de la Universidad de Mendoza, de “*Servicios públicos y regulación de la economía*” en el Máster de la Universidad Austral (Buenos Aires). Autor de siete libros, ha dirigido dos y ha publicado numerosos ensayos, capítulos de libro y artículos en revistas especializadas nacionales y extranjeras.

1. Tema que nos ha ocupado como generosamente lo recuerda el voto del Dr. Horacio Corti en la Cámara Contencioso Administrativa en PÉREZ HUALDE, Alejandro, *La renegociación de los contratos públicos*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2002; luego en “Renegociación de concesiones de servicios públicos. Transparencia en peligro”, en *Revista de Derecho Público*, Emergencia económica n° 2-2002, Rubinzal Culzoni, p. 131 y ss.; en “Renegociación de aeropuertos: final previsible”, en *Revista de Administración Pública*, RAP, n° 197, Editorial Administración Pública, Buenos Aires, 2003, p. 9 y ss.; en “Renegociación de las concesiones de servicios públicos en Mendoza”, en *Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Control de la administración pública*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, p. 407 y ss.; en “Tarifas y renegociación de contratos”, en Suplemento Especial de la *Revista La Ley*, director Agustín Gordillo, *El contrato administrativo en la actualidad*, mayo de 2004, p. 54 y ss.; en “Reflexiones sobre renegociación de contratos de servicios públicos”, en *Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 469 y ss.; en “Renegociación de contratos de gestión de servicios públicos”, en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Iñigo Sanz Rubiales y Miguel Ángel Sendín, directores, *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, Cameron May y la Junta de Castilla y León, London, 2008, p. 5 y ss.; y también, con igual título, en *Contratación estatal y régimen de concesiones*, *Revista de Derecho Administrativo*, n° 7, año 4, Círculo de Derecho Administrativo, Lima, junio de 2009, p. 275 y ss.



Si bien el proceso que analizaremos comienza desde sus instancias inferiores con un reclamo mucho más amplio, lo cierto es que su culminación en el Supremo Tribunal tiene como punto central su resolución en materia de colisión entre diversas normas que rigen el contrato y el contenido de la decisión tomada en el ámbito de una renegociación contractual.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Por Decreto 3524 del 23 de agosto de 1991 se llamó a Concurso Público de Títulos, Méritos y Antecedentes para seleccionar empresas para actuar como Órganos de Control sobre un grupo de concesionarios adjudicatarios de la realización de obras y tareas de mantenimiento y explotación en diversos hospitales, adjudicando a la UTE actora la supervisión de dichas concesiones de obras y trabajos de mantenimiento respecto de los hospitales, lo que llevó a que el 20 de diciembre de 1991 se suscribiera el correspondiente contrato con la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

En cuanto a la metodología de retribución del Órgano de Control, las partes contratantes pactaron que este facturaría sus trabajos a cada Concesionario por cuenta y orden de la Comuna, y que ellos abonarían directamente esas facturas, también por cuenta y orden de la Municipalidad. Es importante destacar que el día 15 de abril de 1994 las mismas partes suscribieron el “Acta de Renegociación n° 1”, que modificó el contrato original que las vinculara.

En la mencionada “Acta” se derogó la cláusula 9° del contrato original, la cual disponía aquella metodología de retribución del Órgano de Control, siendo reemplazada por su cláusula 6°. En el “Acta” la Comuna reconoció adeudar al Órgano de Control una importante suma con más intereses calculados hasta el 31/10/93, por las tareas realizadas hasta el 30/09/93. En cuanto a la retribución por obras iniciales, se estipuló que sería efectuada por los Concesionarios “a las 72 horas de que la Municipalidad haga entrega de los Reconocimientos de Deuda”.

Finalmente, es objeto de la renegociación la retribución a partir del 1/10/93, la que sería abonada por la Comuna directamente, en pagos mensuales, iguales y consecutivos contados desde los 30 días corridos a partir de la fecha convenida para la presentación de las respectivas facturas, y que, en caso de mora, los montos adeudados devengarían un interés equivalente a la tasa activa para préstamos a treinta días del Banco Ciudad.

Con posterioridad se produce la sanción de una norma general sobre contrataciones, con motivo de una crisis económica, del Decreto 225-GCBA-96, el que establecía un trámite para la verificación de los créditos de acreedores por deudas contraídas por la ex Municipalidad. La actora inició el trámite previsto, pero fue desestimada su solicitud “por no existir en las actuaciones suficientes elementos que permitan acceder a la verificación



intentada". La Comuna tuvo en consideración otro Decreto anterior, el 7522/78, que establece que no correspondería dar curso al pago de facturas por la dependencia encargada de conformarlas, si no cuenta con el formulario de "Parte de Recepción Definitiva".

Ante este rechazo, la actora sostiene que este Decreto no es aplicable al caso, toda vez que, entre otras consideraciones, en el "Acta de Renegociación n° 1", también aprobada por Decreto, se estipuló un régimen o procedimiento para el pago específico y diferente al que ya se preveía en la norma mencionada.

Luego de intimaciones mediante cartas documento a la demandada, la actora rescinde el contrato como estaba previsto en el contrato que las vinculaba e inicia su demanda. En síntesis, los rubros reclamados judicialmente son los siguientes: a) Intereses por mora en el pago de la deuda consolidada; b) Retribución por Obras Iniciales; c) Deuda por facturas mensuales impagas desde octubre de 1993; d) Retribución por dos períodos mensuales trabajados y no facturados; e) Intereses por pagos efectuados a los concesionarios antes que al "Órgano de Control"; f) Indemnización por lucro cesante.

Con distinta suerte en cada uno de los reclamos, que incluyen el análisis pormenorizado de temas y conclusiones de alto interés y calidad para la temática de los contratos administrativos –como el pago de lucro cesante y el cómputo de intereses–, el proceso avanza hasta la máxima Instancia únicamente con el reclamo relacionado con los resultados de la renegociación instrumentada en el "Acta n° 1" ya mencionada. Llega al máximo Tribunal con un resultado adverso fundado en la mayoría de la Cámara (Dres. Carlos Balbín y Esteban Centanaro) y con la disidencia del preopinante Dr. Horacio G. Corti.

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, finalmente, revoca el fallo de Cámara, hace lugar al reclamo haciendo prevalecer las normas incluidas en la renegociación válidamente celebrada entre los contratantes y ordena el pago de los montos reclamados.

II. EL RAZONAMIENTO DEL SUPERIOR TRIBUNAL

Con voto preopinante del Dr. José Osvaldo Casás, el Tribunal establece: "a) que el régimen reglamentario y el régimen pactado por la partes son diferentes y no se complementan sino que se sustituyen; b) que, en los hechos, el contrato administrativo dejó de lado la normativa general de la Ciudad en materia de contrataciones, y estableció una norma singular para el caso; c) que la validez de ese contrato o de tales cláusulas no fue objetada por la Administración; d) la resolución n° 64-SSG y SSGyAF-98 que autorizó a la Comisión Verificadora de Deudas de la ex Municipalidad a autorizar el pago de deudas que no cumplieran con los recaudos del decreto n° 7522/78 si por la fecha, objeto y modo de contratación correspondiera aplicar una 'normativa específica' es plenamente atinente en la especie pues, la normativa específica a la que hace mención la resolución n° 64 fue estipulada para el caso, por el contrato y su renegociación; e) las reglas pactadas sustituyeron



el procedimiento administrativo de acreditación del cumplimiento de la prestación reglamentariamente preestablecido y la decisión de la Cámara de prescindir de la aplicación de la normas acordadas; f) la doctrina de los actos propios enlaza en el principio de buena fe que exige a los sujetos proceder en la celebración y ejecución de los negocios jurídicos, con coherencia y respeto a la palabra dada”.

El último de los considerandos se debe a *“que la Procuración General no invocó en ninguno de sus escritos la nulidad de las cláusulas contractuales aplicadas y que ello impide su consideración de oficio por el Tribunal desde la perspectiva del principio de congruencia”.* De ahí que el Tribunal concluye que *“guste o no, las reglas pactadas sustituyeron el procedimiento administrativo de acreditación del cumplimiento de la prestación reglamentariamente preestablecido y la decisión de la Cámara de prescindir de la aplicación de la normas acordadas, sin declarar su invalidez, no constituye una derivación razonada del derecho aplicable al caso, de acuerdo con las circunstancias normativas y fácticas acreditadas”.*

Compartimos la solución resultante dada al caso sobre la base de los elementos aportados que constan en el texto de los fallos de las tres instancias. Pero procuraremos agregar algunas reflexiones que podrían resultar de interés desde un enfoque distinto y más actual aplicado sobre el decisorio en análisis, que fue en marzo de 2006.

III. EL CONTRATO DE CONSULTORÍA CELEBRADO POR LA MUNICIPALIDAD DE BUENOS AIRES

No adherimos a los conceptos fuertemente críticos que se expresan, sobre todo en primera y en segunda instancia, con respecto al contenido y oportunidad de celebración del contrato de supervisión objeto del caso en cuestión.

Se afirma en 1ª Instancia que *“el Estado local delega una función que le es propia y endeuda a todos los vecinos con sumas astronómicas”...* que la *“Administración han celebrado un contrato que luce –al menos en mi opinión– como extraño a la luz de los principios generales del derecho administrativo”...* a lo que la Cámara suma que el contrato *“es de reproche por importar la abdicación del Estado del control y vigilancia de otros contratistas públicos”...* y que *“resulta indudable que la potestad de control no puede ser totalmente transferida, por medio de un segundo contrato, a otro actor privado, pues es un modo de desvirtuar el carácter público de la actividad administrativa, ya que conduciría al absurdo de instrumentar un tercer mecanismo de control”.*

No compartimos estas aseveraciones formuladas en general. Tal vez podríamos coincidir respecto de un contrato en especial si de las constancias de la causa surgieran irregularidades o la evidente falta de necesidad de la contratación o de la idoneidad necesaria en la contratista.

Son numerosos los ramos de la ciencia y de las complejas tecnologías modernas que requieren de la contratación de empresas capacitadas específicamente en el rubro. Se



trata de campos donde sería absolutamente antieconómico para el Estado solventar equipos permanentes para verificar y supervisar tareas muy tecnificadas que requieren de tanta capacidad para controlarlas como para desarrollarlas. Muchas veces se trata de actividades que solo son requeridas por el tiempo necesario de su ejecución y luego harían innecesario todo ese equipo de control de alto nivel de capacitación. Podríamos citar como ejemplo de excepción los prestigiosos equipos de control de contratos con que contaba Agua y Energía Eléctrica de la Nación en sus tiempos de ejecución de las grandes obras nacionales del sistema hidroeléctrico a lo largo de todo el país.

En otras palabras, no comparto la aseveración como regla general. Todo lo contrario, son numerosos y lamentables los casos en donde el fracaso estrepitoso del resultado para el interés público en un contrato de la Administración ha sido su vana pretensión de controlar a contratistas o concesionarias, que cuentan con muy alta capacitación de su personal especializado –un ejemplo es el terreno de las tarifas del sector eléctrico–, con personal improvisado, que trata de “aprender” de lo que le “enseñan” los profesionales dependientes –precisamente– de la controlada.

No se trata de delegar una función esencial, pues también al controlador contratado habrá que vigilar; pero sí de tomar conciencia de que no siempre la Administración está en condiciones de llevar a cabo controles complejos o que requieren equipamientos –sobre todo de hardware– de alto costo y que no son amortizables en una sola tarea de control.

IV. LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS EN CUESTIÓN

En el proceso tramitado, los distintos magistrados opinantes intentan una definición de la naturaleza de este contrato que califican como “típico contrato administrativo” y como “contrato administrativo que guarda analogía con el de consultoría”; se sostiene que “se trata de un contrato atípico (supervisión), no hay un régimen especial sobre él, más allá de que el de mayor semejanza, tal como lo propone la propia actora, es el de consultoría”.

El contrato de consultoría está definido por la Ley 22460 de “Servicios de consultoría” como aquel que tiene por objeto “toda prestación de servicios profesionales, científicos y técnicos de nivel universitario, cumplidos bajo la forma de locación de obra intelectual o de servicios y realizada por firmas consultoras o consultores” (art. 2, inc. 1). Sin duda el encuadramiento es acertado; el de supervisión y control técnico del cumplimiento de las obligaciones contenidas en un grupo de contratos de concesión de obras hospitalarias es un contrato de consultoría.

En general, en la doctrina se ha discutido acerca de su autonomía y se han pronunciado en favor de ella autores de la talla de Ismael Mata y de Rodolfo Carlos Barra; motiva esa polémica el hecho de que normalmente el contrato de consultoría accede a otro contrato principal que generalmente es de obra pública o, como en este caso que nos



ocupa, de concesión de obra y explotación de servicios esenciales vinculados a la salud. Son muy numerosos los casos en que se ha recurrido a este sistema para el control de contratos de alta complejidad, podríamos mencionar como ejemplo todos aquellos que manejó HIDRONOR para la inspección sobre la ejecución del complejo Chocón-Cerros Colorados Alicurá Alicopá en el sur de nuestro país hace tres décadas.

Esa accesoriadad del contrato, que en este caso es indudable, lo coloca en situación de dependencia respecto del principal. Sigue la suerte del principal. Así se pone en evidencia en el contenido expreso del fallo de Cámara que *“La cláusula décima destaca que este contrato se encuentra ‘ligado’ al contrato de concesión, de forma que su duración será la que surge de ese otro contrato; la renegociación de uno trae la del otro. La renegociación del contrato de ‘supervisión’”*. Por esta razón es que el preopinante en la Cámara destaca la necesidad de que *“para la correcta resolución de la causa deben interpretarse de forma armónica, por un lado los dos contratos originarios (concesión y supervisión) y, luego, sus dos renegociaciones”*.

Consideramos, con Lorenzetti, que ambos contratos, el de concesión y el de supervisión, invisten la misma naturaleza jurídica: son contratos de *“larga duración”* como los que hoy describe el art. 1011 CCCN:² *“En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”*.

Consideramos esencial efectuar esta precisión sobre la naturaleza jurídica del contrato porque en este tipo de acuerdos el procedimiento de rescisión y la presencia de la renegociación tienen un tratamiento totalmente diferente al que se presenta en otros, aun similares.

Podemos describir como sus más importantes características: a) la duración del contrato es esencial; b) es imposible su ejecución instantánea; c) no hay precisión en las cantidades de las prestaciones; d) puede no haber plazo preciso; e) su mutabilidad hace a su naturaleza; f) es un proceso; g) es de renegociación obligada y h) su rescisión anticipada está limitada y sujeta a algunas condiciones previas para su concreción.

En este contrato las partes han previsto, según Lorenzetti, la satisfacción *“de intereses a lo largo de una vinculación prolongada, y por ello no establecen su acuerdo definiendo materialmente los bienes, sino estableciendo normas procedimentales. De tal modo, no establecen el precio definitivo porque suponen que habrá cambios inflacionarios; no disponen las características definitivas de la cosa porque saben que habrá cambios tecnológicos; no aseguran una obligación de hacer determinada porque seguramente habrá distintas maneras de prestar esa obligación a lo*

2. CCCN es el Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26994.



largo del tiempo”.³ La supervisión de las concesiones se deberá adaptar a la evolución de los trabajos comprendidos en estas y de sus modalidades de explotación, y de la complejidad técnica de las obras vinculadas a las prestaciones hospitalarias; de ahí que cabe presumir el requerimiento de una capacitación técnica específica.

V. LA SOLUCIÓN APORTADA POR EL SUPERIOR TRIBUNAL

En consecuencia, por su naturaleza jurídica, el de supervisión objeto del caso es un contrato donde su precio y la metodología de cobro fueron el fruto de un criterio con el que se debía juzgar la relación precio-contraprestación en tanto equilibrio a lo largo del tiempo; pues existe un equilibrio especialmente dinámico en las prestaciones recíprocas; y es por ello que necesita de un mecanismo de permanente adecuación consensuada de las mismas de tal modo de sostener la vigencia del contrato y su finalidad tanto pública, para la administración, como privada, para el contratante particular.

Por ello afirma Lorenzetti que en el contrato *“de larga duración”* observamos que *“el objeto es una envoltura, un cálculo probabilístico, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior con finalidades adaptativas. Esta cualidad debe ser preservada puesto que, de lo contrario, toda fijación produce la inadaptabilidad del contrato”*. Y es por esta razón que Morello⁴ denomina a este contrato como uno de aquellos de *“renegociación permanente”* y agrega la advertencia acerca de *“la imprescindible necesidad de racionalizar las fases de su desarrollo a raíz de los cambios o alteraciones que durante su ejecutoria necesariamente acontecen, y sin cuya reformulación directa por los propios interesados, los resultados de las expectativas negociales son muy difíciles de alcanzar”*.

Es por eso que la renegociación de los contratos de concesión de obras hospitalarias sujetos a supervisión arrastraba necesariamente la renegociación de este. Y es por ello que la modificación sobre la metodología del pago de ningún modo puede considerarse una novación del contrato como se afirma en el voto minoritario de la Cámara. La contraprestación del servicio de consultoría –en este caso supervisión– siempre la recibe la misma parte y es garantizada y habilitada para su cobro por la otra contraparte que no varía en todo el contrato. Pues se trata de un contrato bilateral; que puede tener un tercero indicado para los pagos.

Nótese que a la hora de renegociar, es necesario tener presente que en el ámbito del contrato de supervisión no era posible la aplicación de la teoría de la imprevisión en su modo tradicional; pues los cambios no fueron imprevisibles; por el contrario, en el contrato *“de larga duración”* las modificaciones provocadas por los cambios tecnológicos y las necesidades de satisfacer el servicio de supervisión sobre contratos cuyas prestaciones

3. LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.

4. MORELLO, Augusto M. “Los contratos de larga duración y la necesidad de una renegociación permanente”, *La Ley*, 1989-C, p. 1227.



también cambian por imposición de la naturaleza dinámica de las necesidades a cubrir son algo absolutamente previsible. Y tampoco es el espacio para aplicación de la teoría del hecho del príncipe, pues también está previsto que la concedente misma, por su decisión o por indicación de la misma supervisora imponga cambios unilaterales que el concesionario tendrá el deber contractual de acatar y aplicar –y la supervisora de verificar–, salvo la existencia del vicio de irracionalidad o de arbitrariedad en la orden impartida.

La duración de estos contratos es un aspecto esencial que cabe “presuponer” en la voluntad de las partes al inicio mismo de la relación, según indaga la moderna doctrina de los contratos.⁵ Es por eso que estos han sido tomados como referentes en la nueva corriente doctrinaria que propone la necesidad imperiosa del esfuerzo tendiente al sostenimiento, o al mantenimiento (“*manutentivi*”), de la relación contractual en casos de crisis, antes que a su resolución.

La recomposición obligada de estos contratos “de larga duración” viene inspirada en un doble juego de fundamentos, tanto de orden público como privado. Sostiene la doctrina italiana que venimos refiriendo que *“ha sido recientemente afirmada la vigencia, en el ámbito de las relaciones entre particulares, del principio de proporcionalidad, inspirado en los valores constitucionales de la igualdad, de la solidaridad y de la razonabilidad, que parece inmediatamente reconducible al orden público constitucional por un lado (aquel de origen publicista), y por el otro (más propiamente privatista), como tendencial impedimento, al aprovechamiento del contratante beneficiado por la situación de desequilibrio contractual”*.

La secuencia habitual de cambios y de adaptaciones que el contrato –de por sí– requiere, impone la necesidad de que las partes respeten el espacio de “*renegociación permanente*” referido por Morello, concurriendo a él ejerciendo sus derechos “*conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total*”, como lo prevé el art. 1011 CCCN. Es más, aunque en el fallo analizado se deja constancia de que las partes afirman lo contrario, lo normal es que no se haga aplicación del principio del “*sacrificio compartido*” porque este está destinado a los casos en que se aplica la teoría de la imprevisión y no en estos donde la mutabilidad hace a la esencia de las prestaciones.

Con mayor razón en el caso que analizamos, donde todas las partes coincidieron en que existían causales para la renegociación y que esta no fue cuestionada. El fallo del máximo Tribunal es acorde a la naturaleza de los contratos en juego; tanto es así que esa doctrina ya ha incorporado como parte esencial del contrato “*de larga duración*” su renegociación obligada. Pues refiriéndose a ellos, afirma el mencionado autor, Macario, que: *“la jurisprudencia arbitral ha empleado otro principio de la así llamada lex mercatoria, aquel de*

5. MACARIO, Francesco, “Riesgo contractual y relaciones a largo plazo, en el nuevo derecho de los contratos: de lo que se presupone, a la obligación de renegociar”, en *Revista de la Responsabilidad Civil y Seguros*, t. 2005, p. 56, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005.



la conservación como regla para la utilidad social, en un sistema de libertad de mercado (...) razón por la cual su estabilidad y sobrevivencia representan un bien de la colectividad... Con estas justificaciones, la jurisprudencia arbitral internacional, incluso en ausencia de remedios contractuales, ha consagrado en ellos la obligación de renegociar”.

Es también digna de consideración la inserción de esta respuesta en el mundo de los contratos a nivel internacional; pues en los “Principios de Unificación del Derecho”, normas conocidas como “Unidroit”, se ha contemplado en favor de la “parte desventajada” el derecho a “pedir la renegociación del contrato” especificando que la gestión “debe ser realizada sin injustificado retardo y debe indicar los motivos sobre los cuales se basa”, con la aclaración de que “no otorga, de por sí, a la parte desventajada el derecho de suspender la ejecución”.

Y en ese mismo rumbo, se suma a este panorama del derecho comparado el texto propuesto para el proyecto de “Código de Conducta de la Sociedad Transnacional”, presentado en la Sede de Desarrollo y Cooperación Económica Transnacional por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 1990, donde prevé, en el punto 12, bajo el título de “Reexamen y renegociación de contratos y acuerdos”: “(a) Los contratos y acuerdos entre gobiernos y sociedades transnacionales deberán ser negociados y ejecutados de buena fe. Esos contratos y acuerdos, y particularmente los que son de larga duración, deberán normalmente contener las cláusulas de reexamen o de renegociación. (b) En ausencia de tales cláusulas y cuando las circunstancias sobre las cuales está fundado el contrato o el acuerdo han experimentado un cambio fundamental, las sociedades transnacionales, actuando de buena fe, deberán cooperar con los gobiernos para reexaminar o renegociar dicho contrato o acuerdo”.

En los contratos de concesión y de supervisión debieron producirse cambios extraordinarios en las circunstancias sobre las cuales estaban fundados a tal punto que se hizo imposible la aplicación de las cláusulas destinadas a sostener el equilibrio dinámico de las prestaciones, que es –precisamente– una de esas circunstancias fundamentales sobre las que están fundados. No es cualquier cambio. La frustración debe alcanzar al instrumento previsto por las partes para absorber y enfrentar aquellos cambios que las partes siempre supieron que vendrían. Nos referimos a la parálisis del contrato; a la inmovilidad incompatible con su “mutabilidad” esencial.

La renegociación en los contratos de “larga duración” requiere de un tratamiento distinto, de otras reglas específicas, porque se trata de una situación que no encuadra en los comportamientos generales ni en sus normas.

En esa ponderación es que no se equivoca el voto del Dr. Casás cuando considera que “el Acta [de renegociación], en su art. 6.2, contiene un mecanismo especial para reglar la entrega y el pago, que al ser cumplido por ella, torna exigible la deuda. El art. 6.2 contiene un mecanismo complejo (en la medida en que correlaciona al Estado, a los concesionarios y al órgano de control), que, efectivamente, tiene como finalidad la de sustituir al sistema general vigente”.



Y es por ello perfectamente válida la salida consensual encontrada, en la medida en que aun existiendo normas generales, fueron dejadas de lado en este caso particularmente complejo y distinto por su especial naturaleza de contratos de “*larga duración*” donde la renegociación no era optativa sino que debía realizarse. Por ello acierta cuando sostiene luego que “*la resolución n° 64-SSG y SSGyAF-98 que autorizó a la Comisión Verificadora de Deudas de la ex Municipalidad a autorizar el pago de deudas que no cumplieran con los recaudos del decreto n° 7522/78 si por la fecha, objeto y modo de contratación correspondiera aplicar una ‘normativa específica’ es plenamente atinente en la especie pues, la normativa específica a la que hace mención la resolución n° 64 fue estipulada para el caso, por el contrato y su renegociación*” y es por esa especificidad, acertadamente reconocida por las partes y viabilizada por el fallo, que las “*reglas pactadas sustituyeron el procedimiento administrativo de acreditación del cumplimiento de la prestación reglamentariamente preestablecido*”.

Y en este orden se suma el voto de la Dra. Alicia Ruiz cuando afirma que “*las normas acordadas por las partes contemplaron un mecanismo que vino a sustituir el sistema general de contrataciones vigente en el ámbito de la Administración Pública en materia de pago*”.

VI. REFLEXIÓN FINAL

Somos conscientes de que el análisis efectuado lo hemos realizado a la luz de normativa de existencia posterior a la fecha del fallo; que entrará en vigencia entre nosotros desde este mes de agosto de 2015. Pero la doctrina sobre el contrato “*de larga duración*” ha venido flotando en los conceptos de autores destacados como Messineo y Oppo en Italia, y –entre nosotros– Morello y Lorenzetti y –podemos afirmar– también ha estado presente en el fallo aunque no se haya mencionado.

También percibimos que la solución, ajustada a la naturaleza estricta de los contratos en discusión, sobre todo del contrato de supervisión objeto del caso, ha dejado en los miembros del Tribunal una sensación de desajuste a lo aparentemente riguroso de la normativa. De ahí sus consideraciones acerca del principio de congruencia sobre las cuestiones planteadas por las partes y de la doctrina de los propios actos dirigida hacia la Procuración General que no cuestionó las soluciones renegociadas.

La solución es acorde con la mejor y más moderna doctrina sobre los contratos. Doctrina que también se encuentra revisando profundamente todas las posiciones estructuradas sobre las ya superadas “*prerrogativas*” y “*exorbitancias*” de la Administración hoy ya insostenibles⁶ y que ha fijado su rumbo en una valoración de los resortes e instru-

6. Véase MAIRAL, Héctor, “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, en *Revista El Derecho*, t. 179, p. 675; “El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo”, en *Revista El Derecho*, t. 180, p. 849. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones públicas”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 12, año 2008, p. 795. PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Exorbitancia de las prerrogativas de la administración en los contratos”, en *Aída. Ópera Prima*



mentos contractuales por encima de facilismos policiales muy frecuentes en nuestras contrataciones públicas.

de Derecho Administrativo, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, año 5, opus nro. 9, Enero - Junio 2011, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Coordinación de Posgrado, Instituto Internacional de Derecho Administrativo "Agustín Gordillo", Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2011, pp. 175-226. MEILÁN GIL, José Luis, "Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, RAP, Director Eduardo Mertehikian, año XXXVI - 431, Buenos Aires, 2014, p. 7 y ss.



4.

“IGLESIAS JOSÉ ANTONIO Y OTROS C/GCBA S/AMPARO [ART. 14 CCABA]”

REFACCIÓN ESTABLECIMIENTOS ESCOLARES

Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA

20 de septiembre de 2006



SEGURIDAD EDILICIA Y DERECHO A LA EDUCACIÓN: EL CASO “IGLESIAS” Y EL PARADIGMA DEL LITIGIO DE DERECHO PÚBLICO

Por Guillermo F. Treacy*

SUMARIO

Hechos: dos particulares, en su carácter de habitantes de la Ciudad de Buenos Aires, iniciaron una acción de amparo, con el objeto de que el Gobierno de la Ciudad cesara en su omisión, consistente en: a) no ejercer debidamente el poder de policía, permitiendo la existencia de una situación de inseguridad, déficit habitacional, de infraestructura y servicios, en todas las escuelas dependientes del Gobierno de la Ciudad y privadas, en todos los niveles; b) no arbitrar los medios previstos para garantizar la aplicación y cumplimiento de la reglamentación vigente en materia de habilitación de establecimientos educativos y prevención de catástrofes, conforme lo regula el Código de Edificación de la Ciudad de Buenos Aires y sus leyes modificatorias, ordenanzas y Código de Habilitaciones de la Ciudad de Buenos Aires. El juez hizo lugar parcialmente a la pretensión, ordenando la presentación de un plan de trabajo (o informe de avance) de las obras necesarias para poner los establecimientos donde se había acreditado que no satisfacían las condiciones de seguridad edilicia, fijando un plazo para la finalización de tales obras; asimismo, estableció la prohibición de utilizar aulas modulares. La Cámara confirmó la sentencia, excepto en relación con algunas escuelas, donde también consideró que existían deficiencias que hacían necesaria su inclusión en el plan de obras.

1. La acción de amparo constituye una verdadera acción popular cuando el litigio versa sobre derechos o intereses colectivos, toda vez que el Artículo 14 CCABA confiere legitimación a “toda persona” para interponerla, aclarando en su segundo párrafo que están legitimados cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de tales derechos o intereses. (De la sentencia de primera instancia).
2. La legitimación del Asesor Tutelar no se limita a los supuestos en que se encuentran afectados los derechos o intereses de un menor determinado, sino que también puede actuar cuando están en juego derechos colectivos que atañen a los niños, niñas y adolescentes. Ello, toda vez que nada hay en la Constitución o

* Abogado (Universidad de Buenos Aires). Master of Laws (Harvard Law School). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Ex Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2000-2010); actualmente, Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal - Sala V. Profesor Titular regular de Derecho Administrativo (Universidad Nacional de José C. Paz). Profesor Adjunto regular de Derecho Constitucional (UBA - Facultad de Derecho).



en las leyes vigentes que lleve a esa interpretación. (De la sentencia de primera instancia).

3. Según el Artículo 14 de la Constitución local, el amparo está desprovisto de formalidades que obstan a su operatividad, y su inidoneidad como vía para tutelar derechos no puede predicarse en abstracto. Corresponde a la Administración la carga de argumentar y probar por qué no podrían decidirse las cuestiones planteadas en el caso concreto a través de esta acción. (De la sentencia de primera instancia).
4. No resultan suficientes los informes de quienes no tienen carácter de fedatarios, ni las copias de noticias aparecidas en medios gráficos, ni las manifestaciones vertidas por los funcionarios en los medios electrónicos, sino que deben demostrarse fehacientemente las irregularidades alegadas en cada establecimiento educativo. (De la sentencia de primera instancia).
5. Corresponde ordenar que la demandada presente en el término de 30 días de notificada la sentencia los proyectos de obras actualizados (o, en su caso, los informes de avance) a fin de subsanar las irregularidades detectadas en los distintos establecimientos. (De la sentencia de primera instancia).
6. Corresponde desestimar las peticiones de los actores relativas al diseño de un sistema de inspecciones u ordenar genéricamente que se cumplan las leyes y reglamentos vigentes, ya que ello importaría dictar regulaciones de alcance general, o adoptar decisiones de oportunidad, mérito o conveniencia, lo cual excede de la competencia de los jueces. (De la sentencia de primera instancia).
7. Se debe prohibir el uso de aulas modulares, no solo por la inseguridad que implican para quienes concurren a ellas, sino también por constituir una discriminación en la forma de garantizar el derecho a la educación, que afecta a las personas que habitan en las denominadas “villas miseria”. Cualquiera fuera la discrecionalidad de la Administración en cuanto a las políticas para asegurar el dictado de clases a los alumnos que viven en esas zonas, el uso de este tipo de aulas resulta irrazonable, por contradecir los Artículos 11, 20 y 23 de la Constitución de la Ciudad. (De la sentencia de primera instancia).
8. La ampliación de la legitimación procesal en materia de derechos o intereses colectivos se vincula con la crisis de la legalidad, entendida como sujeción de los poderes públicos a la ley. Frente a ello se requiere un reforzamiento de la jurisdicción y una más amplia legitimación del ciudadano frente a violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos. (De la sentencia de primera instancia).
9. La decisión de primera instancia que ordena la presentación de los proyectos de obra tendientes a subsanar las irregularidades advertidas en los establecimientos



educativos respeta el ámbito propio de la Administración, ya que no impone la realización de determinada conducta, sino que se le impone que en determinado plazo ejerza el poder de policía del modo que estime oportuno. (De la sentencia de Cámara).

10. El agravio por el establecimiento de un plazo de cumplimiento no puede ser atendido, ya que se trata de obligaciones de la demandada que preexistían a la actuación judicial y que esta no era libre de realizar o no. (De la sentencia de Cámara).
11. El agravio de los actores, por el cual pretenden que la condena se extienda a todas las escuelas, y no solo a las inspeccionadas, debe ser rechazado, pues no demuestran que en los restantes establecimientos educativos se habría verificado la omisión que el juez sí comprobó en las escuelas que menciona la sentencia. (De la sentencia de Cámara).
12. Debe rechazarse el agravio por la denegatoria de la pretensión de que se diseñe un sistema de inspecciones y control periódico en las escuelas y se acredite el cumplimiento de obligaciones legales en las escuelas públicas, ya que no corresponde a los jueces suplir la falta de decisiones políticas ni la oportunidad de las tomadas para conjurar una crisis, sino ejercer el control de razonabilidad de los actos e impedir que, por medio de ellos, se frustren derechos cuya salvaguarda constituye un deber indeclinable. (De la sentencia de Cámara).

I. INTRODUCCIÓN

Las sentencias que motivan este comentario¹ se inscriben dentro de una tendencia que en los tribunales en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires se fue desarrollando de una manera coherente desde la puesta en funcionamiento del fuero en 2000. Se trata de la emergencia de un nuevo tipo de litigio, al que la doctrina denomina “litigio de Derecho Público” o “litigio estratégico” o “litigio de reforma estructural”,² que ha encontrado eco en los tribunales de la Ciudad. En esta oportunidad se debatían las condiciones de seguridad en los establecimientos educativos ubicados en ella, lo cual afectaba el derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes –y también de los adultos– que a ellos concurren, al poner en riesgo su vida, salud e integridad física.

1. Se trata de la causa “Iglesias, José Antonio y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia de primera instancia dictada con fecha 17/07/2006 en el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 11 (entonces a cargo del Dr. Fernando Juan Lima). La sentencia de segunda instancia provino de la Sala II de la Cámara de ese fuero (integrada por los Dres. Daniele, Russo y Centanaro), y fue dictada el 20/09/2006.

2. En este comentario utilizaremos indistintamente las expresiones: “litigio de Derecho Público”, “litigio estratégico” o “litigio estructural” para referirnos a estos procesos en que se cuestionan deficiencias (u omisiones) de políticas públicas.



Es que, al margen de los litigios tradicionales, caracterizados por una controversia bipolar (con un actor y un demandado claramente definidos), con una pretensión procesal bien delimitada, fueron apareciendo otro tipo de litigios, a los que la doctrina denomina “de Derecho Público” o “litigio estratégico”, en los que el debate se centra en la insuficiencia u omisión en la implementación de determinadas políticas públicas. Es oportuno remarcar que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ciertas políticas públicas están enmarcadas en la Constitución local, de modo que un terreno que tradicionalmente se consideraba librado a la discrecionalidad de los poderes democráticamente elegidos, pasó a convertirse en un ámbito en el cual era posible –e incluso, exigible– la intervención de los tribunales.

Desde ya, esta intervención del Poder Judicial no ha sido admitida pacíficamente por el Poder Ejecutivo, que ha considerado que de este modo los tribunales invadían el ámbito propio de la Administración. En general, los tribunales han defendido su facultad de dirimir conflictos entre la Administración y los particulares, aunque las posturas no han estado exentas de retrocesos, en particular cuando los litigios llegaron ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

En el presente comentario examinaremos algunas características del litigio estratégico, para luego examinar los aspectos procesales y de fondo, y la forma en que fueron encauzados por los tribunales intervinientes de ambas instancias. Finalmente, recordaremos las notas fundamentales del litigio estratégico y los desafíos que presenta a los operadores del Derecho.

II. EL CONTEXTO INSTITUCIONAL: EL DESARROLLO DEL LITIGIO ESTRATÉGICO EN LA CIUDAD

Distintos factores han incidido en el desarrollo de una clase de litigios judiciales en cuyo núcleo se cuestionaba una política pública deficiente u omisiva, que se traducía en una violación de derechos constitucionales. Pero sin duda el más relevante ha sido que el texto constitucional de la Ciudad consagra derechos de un modo que ponía en crisis la distinción entre normas operativas o programáticas. A ello debe añadirse que los tribunales del fuero contencioso administrativo y tributario –instalado en octubre de 2000– fueron, en general, receptivos a demandas en las que estaban en juego derechos sociales. Se trataba de reconocer la fuerza normativa de la Constitución³ y evitar que las

3. El principio de la fuerza normativa de la Constitución es uno de los principios hermenéuticos que utiliza el Tribunal Constitucional alemán. Hesse afirma que, conforme a ese principio, será necesario “dar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia, bajo las circunstancias de cada caso” (Hesse, Konrad; “La interpretación constitucional”, en: *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 33, especialmente pp. 47-48). Por su parte, García de Enterría ha señalado que “la vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción, y no solo al Poder legislativo como mandatos o instrucciones que a



normas de la Constitución terminarían en “letra muerta”, máxime ante la realidad de sectores vulnerables a los que el constituyente local había prestado especial atención. Por otro lado, se presentaban algunas dificultades, derivadas de la inexistencia de reglamentaciones adecuadas para canalizar las pretensiones de naturaleza colectiva.

II.1. La efectividad de los derechos en el ámbito local

Debe mencionarse que la Constitución de la Ciudad prevé un plexo de derechos extremadamente rico, perfeccionando sin dudas la enumeración que contiene la Constitución Nacional, ya sea en forma directa o por remisión a instrumentos internacionales que ella menciona en su Artículo 75 inciso 22. En algunos casos, pese a su inclusión en un capítulo que el constituyente local denominó “políticas especiales” –lo que podría pensarse como meras directivas dirigidas a los poderes electos para desarrollarlas cuando lo creyeran conveniente–, lo cierto es que, en rigor, los tribunales han considerado que tales normas consagraban derechos exigibles. En tal sentido, el Artículo 10 de la Constitución local establece, en cuanto aquí interesa, que “[l]os derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de la reglamentación y esta no puede cercenarlos”.⁴

Durante la vigencia de la Constitución Nacional previa a la reforma, ciertas disposiciones eran interpretadas como “programáticas”, de modo que su exigibilidad judicial quedaba postergada indefinidamente. Un buen ejemplo de ello eran las cláusulas referidas a la implementación del juicio por jurados, pero otras cláusulas relativas a derechos sociales también eran consideradas “no operativas” (asimismo, varios derechos contemplados en el art. 14 bis CN, como la “participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas”) y, por lo tanto, sin posibilidades de exigirlos en sede judicial.

La tesis de la “no operatividad” comenzó a experimentar fisuras. Ya en el caso “Siri”, la Corte Suprema recordó que “basta esta comprobación inmediata [de que una garantía ha sido restringida arbitrariamente] para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen

este solo cumplierse desarrollar –tesis tradicional del carácter ‘programático’ de la Constitución– y entre los poderes públicos, a todos los jueces y tribunales...” (García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 63-64). Entre nosotros esta noción ha sido desarrollada por Bidart Campos (*El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, EDIAR, 1995).

4. El “Libro Primero” (“Derechos, garantías y políticas especiales”) contiene dos Títulos: el Primero (“Derechos y Garantías”) y el Segundo (“Políticas Especiales”). Si bien el mencionado Artículo 10 encabeza el Título Primero, su contenido es plenamente extensible a las “políticas especiales” del Título Segundo, en tanto constituye una formulación original de la regla de razonabilidad ya contenida en el Artículo 28 de la Constitución Nacional. En todo caso, debe estarse a la norma específica que consagra cada derecho (esté contenida en el Título Primero o en el Segundo), debiendo presumirse que todos ellos son operativos.



a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias [...]”.⁵ Esa línea jurisprudencial reaparece en “Kot”, donde se sostuvo que “[s]iempre que aparezca (...) de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo”.⁶ Sin embargo, bajo la vigencia del texto constitucional previo a la reforma de 1994 existieron marchas y contramarchas en cuanto a la exigibilidad de ciertos derechos.

En esta línea jurisprudencial, favorable a la plena vigencia de los derechos, cabe mencionar, como hito relevante, el caso “Ekmekdjian c/Sofovich”, donde el Alto Tribunal sostuvo –además de otras consideraciones relativas a la incorporación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al derecho interno–, con referencia a normas que consagran derechos en tratados de esta materia, que estos son exigibles “siempre que [la norma] contenga descripciones suficientemente concretas de [los] supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata”.⁷ No era óbice a ello la inexistencia de una reglamentación, recordando que el derecho debía garantizarse “independientemente de las leyes que lo reglamentan”, tal como había sido sostenido en “Siri”.

Desde luego, la cuestión de la operatividad presenta matices especiales en los casos de ciertos derechos económicos, sociales y culturales. En un primer momento, en una lectura que desafiaba los criterios hermenéuticos en materia de derechos humanos, el Alto Tribunal encontró en la fórmula “hasta el límite de los recursos de que [cada Estado] disponga” –contenida en algunos tratados internacionales de derechos humanos– una forma de atenuar (o desconocer) la exigibilidad de estos derechos.⁸ Este criterio fue re-

5. Fallos 239:259 (1957). A continuación, la Corte recordó a Joaquín V. González, para quien “[n]o son, como puede creerse, las «declaraciones, derechos y garantías», simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina”.

6. Fallos 241:291 (1958).

7. Fallos 315:1492 (1992). En el caso, la cuestión debatida obligaba a analizar, entre otros aspectos, si era operativo (o no) el derecho de rectificación o respuesta, consagrado en el Artículo 14.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

8. Véase: CSJN, “Chocobar, Sixto Celestino c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/reajuste por movilidad”, Fallos 319:3241 (1996). En el caso se debatía la procedencia de un reajuste jubilatorio y, para interpretar la norma constitucional en juego (art. 14 bis CN), acudió –entre otros argumentos– a los Artículos 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de donde el Tribunal derivó que tales disposiciones “vinculan los beneficios sociales a las concretas posibilidades de cada Estado”, de modo tal que “la atención a los recursos ‘disponibles’ del sistema pued[e] constituir una directriz adecuada a



vertido en “Sánchez”, donde se sostuvo que “[l]a consideración de los recursos disponibles de cada Estado –conf. arts. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– constituye una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer nuevos o mayores beneficios destinados a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por esos documentos, mas no importa disculpa alguna para desconocer o retacear los derechos vigentes (art. 29 de la Convención citada). Debe suponerse que el legislador ha sopesado los factores humanos, sociales y económicos al establecer la extensión de las prestaciones reconocidas y no corresponde a los jueces sustituir dicha valoración mediante razonamientos regresivos que, en la práctica, solo conducen a negar el goce efectivo de los derechos en los momentos de la vida en que su tutela es más necesaria”.⁹ En otras palabras, el argumento de la inexistencia de recursos no sería oponible en sede judicial; corresponde a los órganos políticos del Estado, en caso de este tipo de urgencias, notificar a los órganos de aplicación de los tratados.

Por último, en este rápido recorrido de las vicisitudes del principio de operatividad de los derechos constitucionales, debe mencionarse el caso “Q. C.”, donde –ahora con referencia al derecho a la vivienda digna– el Alto Tribunal se refirió al carácter operativo del derecho, si bien el voto mayoritario introdujo un matiz: se trataba de derechos de una “operatividad derivada”.¹⁰ Sin duda, esta nueva categoría –derechos operativos, pero de operatividad derivada, en contraposición con los derechos de operatividad directa– plantea dificultades teóricas para la exigibilidad de los derechos; e inclusive cabe preguntarse si era necesaria para justificar el acogimiento de esa pretensión a la luz de las circunstancias concretas de la amparista: estado de pobreza extrema, con un hijo

los fines de determinar el contenido económico de la movilidad jubilatoria” (considerando 11°).

9. Véase: CSJN, “Sánchez, María del Carmen c/ANSeS s/reajustes varios” (Fallos 328:1602 [2005], considerando 6°). En el caso, se debatía la validez de limitaciones legales al régimen de movilidad de las prestaciones jubilatorias, pero creemos que el razonamiento resulta extensible a los derechos que involucran erogaciones al Estado, al recordar que la no regresividad constituye el criterio a tener en cuenta por los jueces a la hora de valorar las restricciones (o medidas regresivas) que afecten la vigencia de tales derechos.

10. Véase: CSJN, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” (Fallos 335:452 [2012]). Según explica la Corte, “[e]ste grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos. Por esta razón esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas para hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno”. A ello añadió: “todo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” (considerando 11°). Esta categoría de derechos (de “operatividad derivada”) plantea algunos problemas teóricos y, posiblemente, sea en el futuro un argumento para detener la exigibilidad plena de derechos económicos, sociales y culturales.



menor de edad y con discapacidad severa. De todos modos, lo rescatable es que el Alto Tribunal reconoció el derecho vulnerado y, al menos en este caso, se le dio plena operatividad, fijándose así un estándar más alto que el que estaba dispuesto a reconocer la jurisdicción local.¹¹

II.2. Los instrumentos procesales

Si bien existían normas de fondo, nada menos que de nivel constitucional y supralegal, que daban sustento a un mayor activismo por parte de los tribunales, las normas procesales vigentes a nivel de la Ciudad Autónoma todavía mantenían buena parte de las limitaciones heredadas del ordenamiento procesal vigente a nivel federal. En efecto, la Legislatura de la Ciudad sancionó en 1999 un Código Contencioso Administrativo y Tributario, para su aplicación por los tribunales de ese fuero, que comenzó a funcionar en octubre de 2000. Dicha normativa procesal recogía en buena medida disposiciones procesales vigentes en el ámbito federal con algunas tímidas alteraciones en un sentido más favorable al acceso a la jurisdicción (v. gr. la reducción de los supuestos en que era exigible el agotamiento de la instancia administrativa), pero omitió cualquier regulación sobre las acciones colectivas, pese a que el marco constitucional –tanto a nivel federal como local– exigía una respuesta legislativa.

Del mismo modo, hasta que el legislador local decidió ocuparse de esta materia,¹² continuaba rigiendo en el ámbito de la Ciudad –como norma de Derecho local– la Ley Nacional de Amparo N° 16986, cuya inconsistencia con el plexo constitucional se hacía cada vez más evidente. Aun constituyendo una mejora, la hoy vigente (desde 2006) Ley N° 2145 de la Ciudad continúa sin referirse a las acciones de amparo colectivo.¹³

11. Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad había resuelto la cuestión remitiéndose a un precedente suyo que consideró análogo (“Alba Quintana”), en el cual se remitía la cuestión a las instancias inferiores. Estas debían evaluar la situación de la amparista a la luz de ciertos criterios que allí se desarrollaban, correspondiendo a aquella “cumplir con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen [de subsidios]”. Es decir, el fallo del TSJ no decidía la cuestión de fondo, no obstante lo cual la Corte estimó que la sentencia era equiparable a definitiva y pasó a examinar tal cuestión. El criterio es acertado, pues del expediente surgía –según lo advierte la Corte– que “es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado con una madre en situación de calle” (v. considerando 12°).

12. Finalmente, la Legislatura sancionó la Ley N° 2145 en 2006. Como es sabido, los tribunales nacionales continúan aplicando la Ley N° 16986 dictada en 1966, que contiene diversas restricciones a la procedibilidad de la acción de amparo; solo en forma paulatina la interpretación jurisprudencial fue atenuando sus aspectos más restrictivos (v. gr. la forma de cómputo del plazo de interposición, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio u otras limitaciones).

13. En realidad, el Artículo 27 de la Ley N° 2145 contenía una regulación del amparo colectivo. Pero esta disposición fue vetada por el Poder Ejecutivo por el Decreto N° 2018/06, con el argumento de que “no lo distingue efectivamente del amparo individual”. Además, se consideró que la norma vetada omitía prever un pedido de informes al Registro de Amparos Colectivos en forma previa al dictado de medidas cautelares y se criticaba que esta norma podría vulnerar el Artículo 113, inciso 2 de la Constitución de la Ciudad, que reserva esta acción en abstracto al Tribunal Superior de Justicia. Una fundamentación del veto puede verse en: Zbar, Agustín, “El veto a la Ley de Amparo de la Ciudad Autónoma



A partir de estas carencias procesales, puede afirmarse que la construcción del litigio colectivo en la Ciudad ha sido una delicada tarea de los operadores judiciales, tanto abogados litigantes como jueces, que han sido receptivos en mayor o menor medida a estas pretensiones.

En este plano, la acción de amparo colectivo, basada en el Artículo 43, segundo párrafo CN y en el Artículo 14, segundo párrafo de la Constitución local, ha sido el cauce privilegiado para dar trámite a pretensiones relacionadas con derechos de incidencia colectiva. Es oportuno observar que una acción colectiva –esto es, relativa a derechos de incidencia colectiva– no necesariamente debe tramitar como amparo. Resulta claro que el actor puede acudir a esta vía –excepcional, en tanto son o deberían ser excepcionales las situaciones que la justifican– o bien intentar los cauces procesales ordinarios.¹⁴ De todos modos, este tipo de pretensiones han tramitado por el remedio constitucional del amparo, a través del cual se ha desarrollado buena parte de los litigios estructurales en la Ciudad.

Por lo tanto, a pesar de la deficiente –o inexistente– regulación normativa, los tribunales de la Ciudad dieron trámite a este tipo de acciones que tenían proyecciones más allá del caso individual. Muchas veces lo hicieron diseñando soluciones verdaderamente pretorianas, ya que ni el Código Contencioso Administrativo y Tributario ni la Ley N° 16986 (o la Ley local N° 2145) preveían trámites adecuados a la complejidad de estos procesos.

III. EL FALLO COMENTADO

III.1. El contexto fáctico de la pretensión

El 30 de diciembre de 2004, durante un recital de la banda de rock Callejeros, se produjo un incendio en el local denominado República Cromañón, ubicado en el barrio de Balvanera. La causa del incendio fue un elemento de pirotecnia que impactó sobre una media sombra, una especie de tela de plástico inflamable, que se apoyaba sobre unas planchas de poliuretano. La combustión de estos elementos generó ácido cianhídrico,

de Buenos Aires” en Daniele, Mabel (directora), *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Plata, Librería Editora Platense, 2008, p. 63. Es de lamentar que no se hubiera aprovechado la oportunidad para presentar un proyecto de ley que regulara el amparo colectivo.

14. Excede los alcances de este trabajo analizar por qué razones se ha acudido al amparo como vía preferente para la tutela de derechos, cuando la naturaleza del litigio –a veces con varios años de tramitación– hubiera justificado utilizar los canales procesales ordinarios. Sin que ello agote las posibles explicaciones, tal vez deba considerarse que las normas constitucionales se refieren explícitamente al amparo colectivo (art. 43, segundo párrafo CN y art. 14, segundo párrafo CCBA) el carácter gratuito de la acción (art. 14 CCBA) –pero no a otros procesos de conocimiento–, la existencia de menores recaudos –como el agotamiento de la vía administrativa– para su interposición, o el carácter gratuito de la acción, como factores que pueden haber llevado a una ampliación de los casos tramitados como amparo.

dióxido y monóxido de carbono, con efectos letales para los asistentes: hubo 194 muertos y al menos 1432 heridos.

La investigación judicial posterior dio cuenta de una serie de irregularidades: la capacidad del local estaba notoriamente excedida, había obstrucciones en las puertas de salida que dificultaron la evacuación, la habilitación del local estaba irregularmente concedida, la habilitación del sistema contra incendios de la Superintendencia de Bomberos estaba caduca, no funcionaban los matafuegos del lugar, se habían omitido recaudos de organización y seguridad (que permitió el ingreso de pirotecnia), etc. Asimismo, se comprobó que se habían pagado sobornos para que la Policía Federal no levantara actas por las contravenciones existentes en el lugar.¹⁵

En ese contexto, surgió la preocupación por la forma en que se realizaban los controles y la habilitación de los locales de acceso público en la Ciudad. Así se clausuraron locales bailables, entre otros establecimientos, por no cumplir con los recaudos de habilitación y seguridad. Sin duda, la tragedia ocurrida reveló notorias deficiencias en el sistema de controles que venía llevando la autoridad administrativa de la Ciudad de Buenos Aires, lo cual tuvo un profundo impacto político e institucional.

Este es el marco en el cual, ante ciertas publicaciones periodísticas que daban cuenta del estado de inseguridad en los establecimientos educativos, los actores promovieron la demanda que da origen a las sentencias que se comentan.

III.2. La pretensión procesal

En el caso, se litigaba acerca de las condiciones de ejercicio del derecho a la educación, apuntando a las condiciones de seguridad de los establecimientos de enseñanza de la Ciudad. Se trataba, claramente, de un derecho de incidencia colectiva. En la demanda se invocaba como fundamento el Artículo 25 de la Constitución local.¹⁶

Cabe observar, en forma preliminar, que varios derechos tienen una dimensión individual y una colectiva. En el caso del derecho a la educación, ha habido pretensiones orientadas a obtener el otorgamiento de una vacante en una escuela, o cuestionando decisiones de la autoridad educativa respecto de un alumno; en otros casos, este derecho asumía un carácter colectivo (v. gr. persiguiendo el cumplimiento de una ley, ya dictada, que preveía la construcción de una escuela;¹⁷ o la solución del problema de la inexistencia

15. Los datos están tomados de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 24, en la causa 2517, fallada el 19/08/2009 (disponible en: <http://www.cij.gov.ar/especial-cromanon.html>; fecha de consulta: 18/05/2015).

16. En lo que interesa a este trabajo, dicha norma establece: “Las personas privadas y públicas no estatales que prestan servicio educativo se sujetan a las pautas generales establecidas por el Estado, que acredita, evalúa, regula y controla su gestión, de modo indelegable [...]”.

17. Así, por ejemplo, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala I, *in re* “Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario c/GCBA s/amparo”, Expte. N° 899/o, sentencia del 1/06/2001



de un número suficiente de vacantes para el nivel inicial).¹⁸ El caso “Iglesias” que aquí comentamos, se encuentra entre los litigios relativos a derechos de incidencia colectiva.

El objeto de la pretensión, según los actores, y conforme surge del relato de la sentencia de primera instancia, consistía en requerir el cese de la omisión del Gobierno de la Ciudad en lo relativo a: a) el ejercicio del poder de policía a cargo de este, omisión que acarrearba “una situación de inseguridad, déficit habitacional, de infraestructura y servicios, en todas las Escuelas dependientes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y Privadas (conf. art. 25 CCBA), tanto en los niveles primarios, secundarios, internados; institutos de enseñanza en general; guarderías; jardines de infantes”; y b) “no arbitrar los medios previstos para garantizar la aplicación y cumplimiento de la reglamentación vigente en materia de habilitación de establecimientos educativos, y de prevención de catástrofes, conforme lo regula el Código de Edificación de la Ciudad de Buenos Aires, y sus leyes modificatorias, ordenanzas y Códigos de Habilitaciones de la Ciudad de Buenos Aires”.

La sola transcripción del objeto procesal revela que este fue planteado en términos tan amplios que la ejecución de lo pretendido, en caso de hacerse lugar a la demanda en esos términos, hubiera implicado que el tribunal realizara tareas propias de la Administración, controlando si, y de qué manera, el Gobierno de la Ciudad ejerce, a su vez, sus funciones de control. Fue necesario encauzar la demanda en términos “manejables judicialmente”, algo que, según se verá, debió realizar el magistrado de grado. En efecto, aun cuando se alegaba una omisión en el ejercicio del poder de policía de seguridad en establecimientos educativos, era necesario especificar cuáles eran los establecimientos donde se presentaban falencias y en qué consistían estas. Como se señaló, la parte actora formuló una petición en términos amplísimos –podría sostenerse que se trató de una “denuncia”, más que una demanda contencioso administrativa–, invocando el incumplimiento del Artículo 25 de la Constitución de la Ciudad, y citando como fundamento noticias periodísticas que daban cuenta de riesgos en la seguridad en las escuelas. A partir de esos términos tan amplios, el objeto se fue precisando a lo largo del juicio mediante la prueba producida.

A menudo se ha dicho que el interés general en el cumplimiento de las normas no constituye un *caso, causa o controversia*, supuesto necesario para habilitar la intervención de los tribunales. En todo caso, la alegación genérica de incumplimiento de normas podría dar lugar a una denuncia penal, ante el incumplimiento de los deberes del/los funcionario/s público/s con competencia en la materia.¹⁹ Sin embargo, es preciso re-

(JA 2001–III–507).

18. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala I, *in re* “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, expte. 23660, sentencia del 19/03/2008.

19. El requisito de la existencia de una causa, en sentido constitucional, es una regla clara a nivel federal, al punto que se deniega legitimación de quienes invoquen el interés en el control de la mera legalidad de una disposición (véase,

conocer que la vía penal es represiva –esto es, una vez acaecido el hecho dañoso– y, en el caso, se perseguía prevenir riesgos a los que estaban expuestos los niños y jóvenes y docentes que acuden a los establecimientos educativos. En tal contexto de prevención, es posible justificar la promoción de este tipo de acciones, aunque una técnica más depurada obligaba al actor a ir más allá de la denuncia y especificar las situaciones concretas de inseguridad que hubiera advertido. Frente a ello, es significativo –como indicador del desconcepto con que fue promovida la acción– que la parte actora consideró que los hechos que denunciaba eran “públicos y notorios” y no requerían prueba alguna. En rigor, la actividad probatoria producida era claramente necesaria para que se dictara una sentencia que no fuera una declaración solemne sobre la inactividad administrativa en esta materia, pero en definitiva, inejecutable.²⁰

III.3. El trámite de la causa

Desde el punto de vista procesal, la acción se enmarcó en el Artículo 14 de la Constitución de la Ciudad y en el trámite se aplicaron las disposiciones de la entonces vigente (como norma de Derecho local) Ley N° 16986. El juez de grado consideró que se trataba de una acción de amparo colectivo, aunque en su sentencia advertía que las normas procesales de esta última ley –en particular, los plazos– no eran adecuadas para sustanciar este tipo de acciones (v. considerando X, punto [1]).

Según surge del relato de los hechos de la causa, se dio intervención al Asesor Tutelar de Primera Instancia, quien adhirió a la petición de fondo formulada por los actores, precisando que su participación se debía a la existencia de derechos de incidencia colectiva correspondientes a personas menores de edad que concurren a las escuelas públicas y privadas de la Ciudad. Dicho representante del Ministerio Público Tutelar se refirió a actuaciones judiciales y extrajudiciales en las que había intervenido con anterioridad, donde se habían detectado deficiencias de infraestructura en algunas escuelas, y aludió

CSJN, “Halabi”, considerando 9°). Esto se entronca con el criterio sentado por la Corte Suprema, en el sentido de que ni la condición de legislador ni la de ciudadano confiere *per se* legitimación procesal. En cuanto respecta a la ausencia de legitimación de los legisladores pueden verse: Fallos 313:863 (“Dromi”); 317:335 (“Polino”); 322:528 (“Gómez Díez”); 323:1432 (“Garré”); 324:2381 (“Raimbault”); 333:1023 (“Thomas”). Respecto de la legitimación de los ciudadanos, pueden verse: Fallos 306:1125 (“Baeza”); 307:2384 (“Lorenzo”); 311:2580 (“Zaratiegui”); 322:528 (“Gómez Díez”); 324:2048 (“Lequizamón”). Creemos que la legitimación colectiva en la ciudad es más amplia, debido a que el Artículo 14, segundo párrafo de la Constitución local confiere legitimación a “cualquier habitante”, pero también resulta exigible que se configure una causa (arg. art. 106 CCBA y art. 2° CCAyT).

20. En este punto, a fin de clarificar nuestra postura, creemos que si se hubiera ordenado al Estado local que “cese en su omisión” en cuanto al control de la seguridad de los edificios en que funcionan las escuelas, la ejecución de tal sentencia hubiera sido de difícil instrumentación. Cabe considerar que, para ello, el tribunal habría debido designar a un veedor que vigilara si el Gobierno efectivamente realizaba tareas de inspección en tales establecimientos; esto es, un monitoreo constante de la actividad administrativa, para el futuro y sin límite de tiempo. Aunque pueda ser opinable, consideramos que tal cometido es ajeno a la función judicial, aun bajo los parámetros más amplios de un litigio de reforma estructural.



a otras que fueron detectadas por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad. Sin embargo, destacó que discrepaba con la medida cautelar solicitada por los actores, que pretendían el cierre de los establecimientos o la suspensión de clases y la realización de inspecciones masivas.

También tomó intervención la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, convocada por el tribunal en calidad de tercero.

Asimismo, se presentó como tercero la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, que observó que estaba en juego un derecho fundamental como lo es el derecho a la educación, y el modo discriminatorio en que este era prestado en el ámbito local.

Desde luego, también se corrió traslado de la demanda al Gobierno de la Ciudad, en su calidad de demandado. El Gobierno objetó los términos amplios de la pretensión, lo que a su entender vulneraba su derecho de defensa. Además, cuestionó la legitimación de los actores y del Asesor Tutelar. En cuanto al fondo, se refirió al hecho de que el Gobierno estaba llevando a cabo un plan de obras destinado al mantenimiento, reparación y mejoramiento de los establecimientos educativos, de modo que no existía la omisión manifiestamente ilegítima o arbitraria aducida.

III.4. Cuestiones de legitimación

La sentencia de grado abordó sucintamente el tema de la legitimación procesal de los actores. Se trataba de dos particulares que no acreditaban ninguna afectación específica, ni alegaban vinculación alguna (laboral, profesional u otra) con los establecimientos de enseñanza.

Ahora bien, en el ámbito local ello no es óbice para dar trámite a la pretensión procesal. En efecto, encuadrada la acción como un amparo colectivo, la legitimación –conforme al Artículo 14 de la Constitución local– es amplia. En particular, no se requiere invocar un agravio concreto para tener legitimación: el mencionado Artículo 14, en su segundo párrafo, abre la legitimación a “cualquier habitante” cuando están en juego derechos de incidencia colectiva.²¹

Así lo entendió el juez de primera instancia, al definir que la acción de amparo colectivo, de conformidad con el diseño constitucional, es una acción popular. La Cámara compartió este criterio, al señalar que la ampliación de la legitimación estaba en línea con “tendencias fuertemente consolidadas del Derecho Administrativo actual”. Además, el tribunal de alzada sostuvo que, de otro modo, si se limitara la legitimación a los casos de agravio a los derechos subjetivos, quedarían “exentas de control judicial las más

21. Nótese que el Artículo 43, segundo párrafo CN, prevé la legitimación del “afectado” –entre otros sujetos– en la acción de amparo colectivo. Es decir, la norma local parece estar concebida en términos más amplios que su equivalente en la Constitución Nacional.



trascendentes actividades del gobierno moderno, aun ante la presencia de parámetros legales”. Otro argumento de la sentencia de segunda instancia relaciona las cuestiones de la legitimación con la crisis del principio de legalidad, entendido como el sometimiento de los poderes públicos a la ley; dicha crisis deriva de la ausencia o ineficacia de los controles sobre el poder público. Según la Cámara, su superación “requiere un reforzamiento del papel de la jurisdicción, y una más amplia legitimación del ciudadano frente a violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos” (considerando 4° del fallo de Cámara).

También se abordó la cuestión de la legitimación del Asesor Tutelar, que era resistida por la demandada con el argumento de que solo podría intervenir en defensa de los intereses de un menor o incapaz determinado. Al respecto, el juez de grado sostuvo una interpretación del Código Civil conforme a la Constitución local y la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 21 –entonces vigente– y destacó, a mayor abundamiento, que la intervención de este en el caso no era autónoma, sino que lo hacía en una causa promovida por dos particulares.

Del mismo modo, el juez admitió la participación de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia como tercero, observando que ello no estaba impedido por la norma procesal aplicable (esto es, la Ley N° 16986) y, además, no implicaba demoras en el trámite del proceso.

III.5. La admisibilidad formal del amparo

Un argumento utilizado habitualmente en la defensa del Estado local en materia de acciones de amparo, y que fue reiterado en este caso, se relaciona con la existencia de otras vías idóneas para la tutela del derecho. Sobre este argumento en particular, la sentencia de primera instancia había sostenido, y la Cámara coincidió con ese criterio, que las excepciones a la procedibilidad del amparo debían ser acreditadas por la demandada. La Cámara observó que la existencia de otras vías no podía predicarse en abstracto, sino en concreta referencia a las circunstancias del caso. En otras palabras, se reiteró el principio de que quien alega la inadmisibilidad formal de una acción de amparo debe argumentar cuáles son los “remedios judiciales más idóneos”, teniendo en cuenta las características del caso concreto.

IV. LA CUESTIÓN DE FONDO. LAS PRINCIPALES LÍNEAS ARGUMENTALES

En este acápite nos referiremos a los argumentos contenidos tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia. Dado que esta última confirmó la sentencia de grado, ambos argumentos son complementarios. Todos ellos dicen algo acerca de la natura-



leza de la función judicial y, en particular, revelan la forma en que se encauzó un proceso que, si bien tenía méritos, había sido planteado en forma deficiente por los actores.

IV.1. Preliminar. El encauzamiento de la pretensión

Hemos observado que la pretensión había sido formulada con una amplitud tal que era necesario hacer que el objeto de la demanda fuera “manejable judicialmente”. En esto se advierte por parte de los tribunales un esfuerzo para que la pretensión –que podía tener algún mérito– pudiera ser encauzada a través de un debate judicial en el cual se fijaran con claridad los hechos y se procuraran las pruebas necesarias. Más allá de la “denuncia” de los actores, una elaboración más adecuada de la demanda obligaba a identificar los establecimientos y establecer cuáles serían las deficiencias en cada uno de ellos, y ofrecer la prueba que pudiera acreditarlos. Tal carga fue satisfecha gracias a la intervención de otras partes en el proceso, como la Asesoría Tutelar, la Defensoría del Pueblo y la organización no gubernamental Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, que en cierto modo suplieron las falencias en el escrito de promoción del proceso.

IV.2. Aspectos probatorios

El trámite judicial derivó en una investigación acerca de cuáles eran los establecimientos educativos que presentaban condiciones inseguras de funcionamiento. En tal sentido, el tribunal de grado se refirió a la situación de los distintos establecimientos que habían sido inspeccionados por la Superintendencia Federal de Bomberos, que formuló recomendaciones respecto a las condiciones de seguridad; asimismo, tomó en cuenta informes de la Dirección General de Infraestructura, Mantenimiento y Equipamiento y la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro, que también observaron, en distintos establecimientos, incumplimientos de las normativas del Código de Edificación y del Código Rector de Arquitectura Escolar. Tales incumplimientos se referían a las instalaciones eléctricas, de gas, señalización e iluminación de corredores de evacuación, etc.

Respecto de la prueba producida, cabe poner de relieve un señalamiento que se hace en la sentencia de grado. Se trata de un verdadero llamado de atención respecto de la carga procesal que asume quien promueve una acción de estas características: no se trata meramente de presentar una demanda (que por la amplitud de sus términos parecía más bien una “denuncia”), sino de probar lo que se afirma. Los actores habían sustentado su postura en copias de noticias aparecidas en medios gráficos; manifestaciones de funcionarios vertidas por medios audiovisuales (se había acompañado un video) o recomendaciones formuladas por la Defensoría del Pueblo (que era parte en el juicio).²²

22. Señala el juez de grado que “contrariamente a lo que pretenden los amparistas, no ‘basta’ la lectura de los medios



El juez desestimó la calificación de los hechos alegados por los demandantes, basados en noticias periodísticas, como “hechos públicos y notorios”, único caso en que “los demandantes estarían dispensados de demostrar el sustento fáctico de sus dichos”. Por el contrario, advirtió que “deberían haberse probado los extremos que justificarían que se hiciera lugar a las pretensiones de fondo articuladas”, pero “lo cierto es que, en gran medida, ello no ha acaecido en el *sub iudice*”.

Por su parte, la Cámara reprochó a los actores su escasa actividad procesal en cuanto a la demostración de las deficiencias alegadas, señalando que “si se ha llegado a la admisión –aun cuando parcial– de la acción incoada lo ha sido por la actividad probatoria desplegada por el señor Asesor Tutelar, quien con ahínco ha suplido la orfandad que en materia probatoria tiñó la actuación de los actores. No solo eso, la inactividad verificada se cristalizó incluso en la falta de control respecto de los informes presentados por los distintos organismos intervinientes” (considerando 10°). Tal comprobación revela que la admisión en el proceso de otros sujetos legitimados (como el Ministerio Público Tutelar, las organizaciones gubernamentales o el Defensor del Pueblo) resulta necesaria –además de legalmente factible–, ya que permiten mejorar la calidad del debate judicial, ya sea aportando pruebas o argumentos de derecho que permitirán resolver la pretensión.²³

IV.3. Los argumentos sobre la cuestión de fondo

A partir de la evidencia que se obtuvo en las inspecciones realizadas, la sentencia de grado se refirió a cada uno de los establecimientos educativos donde se habían probado deficiencias que podrían poner en peligro la vida, la educación, la integridad y/o la salud de los niños, niñas y adolescentes, “en razón de la falta de aplicación y cumplimiento de los deberes constitucional y legalmente impuestos al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”. En función de tal comprobación, sustentada en los informes obtenidos en el proceso, el juez ordenó que la demandada presentara los proyectos de obras actualizados (o su estado de avance, si las obras se estuvieran ejecutando) a fin de subsanar las irregularidades advertidas, fijando como plazo de ejecución de tales obras el inicio del ciclo lectivo 2007.

En relación con este aspecto de la sentencia, la argumentación del decisorio es de índole fáctica: se refirió a que en determinados establecimientos se habían probado

de prensa gráfica y la consulta de los archivos de prensa de los medios audiovisuales, para tener por probado ‘el descontrol y la anarquía en materia de medidas de seguridad en lugares públicos, y la reconocida incapacidad del Gobierno local...’ (considerando XV).

23. Resulta pertinente recordar aquí que en el caso “Halabi”, al señalar los lineamientos que debían tomarse en cuenta al tramitar acciones colectivas, la Corte Suprema se refirió a la “idoneidad de quien pretenda asumir [la] representación” del grupo o colectivo afectado. Tal exigencia resulta razonable para evitar que una deficiente actuación profesional pueda llevar a la frustración de los derechos fundamentales que se discuten en la litis.



ciertos extremos relacionados con las condiciones edilicias inadecuadas de las instalaciones, mientras que en otros casos denunciados la prueba había sido insuficiente.

Otro aspecto de la sentencia, incluido en el amplio objeto procesal que indicaron los actores, es el relativo a las aulas modulares que se utilizaban en establecimientos educativos ubicados en ciertas zonas postergadas de la Ciudad, tema que mereció especial tratamiento en la sentencia de grado. El juez consideró que, aunque en algunos casos dicha modalidad constructiva había sido reemplazada durante el trámite del expediente judicial, todavía subsistía en algunas escuelas tal tipo de aulas. Al respecto consideró que tal situación era violatoria de los Artículos 11 (derecho a la igualdad), 20 (derecho a la salud) y 23 (derecho a la educación) de la Constitución local. En su argumentación recogió entre otros el argumento de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, en el sentido de que resultaba discriminatorio el dictado de clases en esas condiciones.

La línea argumental de la sentencia de grado reconoce que la Administración cuenta con cierta discrecionalidad en cuanto a la forma en que se garantiza el derecho a la educación, pero que tal discrecionalidad encuentra un límite en tanto ciertas soluciones para satisfacer la demanda educativa –como lo sería el dictado de clases en aulas modulares– deben considerarse prohibidas, por vulnerar principios constitucionales.

IV.4. El remedio solicitado por los actores y el concedido por la sentencia

Las transgresiones señaladas en la sentencia dieron lugar, como remedio, a imponer a la demandada la obligación de presentar un proyecto de plan de obras a realizar (o un informe sobre su estado de avance) dentro del plazo de 30 días de notificada la sentencia. Asimismo, estableció un plazo máximo para la realización de las obras (antes del inicio del ciclo lectivo 2007). Es relevante señalar que, en este aspecto, la sentencia delimita lo que es propio del tribunal y lo que corresponde decidir a la Administración. A esta compete elegir la forma, modalidad y oportunidad en que llevará a cabo las obras. Por su parte, el juez fijó lo que debía ser el objeto de la actuación administrativa (ejecución de obras –sin indicarle cuáles– para remediar las falencias de seguridad en los establecimientos) y el plazo; disponiendo que se presentara un plan de obras. Por lo demás, una vez presentado, este plan sería susceptible de control en la etapa de ejecución de sentencia. Pero la decisión judicial preservó claramente el ámbito de la decisión administrativa.

En cuanto a las aulas modulares, la sentencia prohibió su uso, fijando un plazo más perentorio aún para que cesara el dictado de clases en ese tipo de instalaciones.

La sentencia de grado también se refirió a otras peticiones contenidas en la demanda: una relacionada con el diseño de un sistema de inspecciones en los establecimientos, y otra tendiente a que se ordenara a la autoridad administrativa el cumplimiento de las

leyes y reglamentos vigentes. Tales peticiones fueron rechazadas. En la interpretación del juez, tales peticiones equivalían a “dictar regulaciones de carácter general (realizando una verdadera labor materialmente legislativa), adoptar decisiones de oportunidad, mérito o conveniencia, o formular abstractas ‘recomendaciones’ de que ‘se cumplan las leyes’” (considerando XIX). Sostuvo además que, de hacerse lugar a la pretensión en los términos pretendidos, “tendría competencia exclusiva, *ad infinitum*, para controlar el cumplimiento de una norma determinada, por vía de ejecución de sentencia”.²⁴

La Cámara compartió la solución adoptada por la sentencia de grado. En cuanto al diseño de un sistema de inspecciones –petición rechazada, lo que motivó el agravio de los actores–, el tribunal de alzada recordó que no corresponde a los jueces suplir la falta o la oportunidad de decisiones políticas adoptadas para conjurar una crisis, sino ejercer el control de razonabilidad de tales actos para impedir la frustración de derechos fundamentales. Por lo tanto, consideró que el ejercicio de las facultades de contralor era competencia de la Legislatura, en cuanto a su sanción normativa, y en cuanto a su puesta en práctica, compete al Poder Ejecutivo, sin perjuicio del control judicial en caso de presentarse una controversia concreta.

En cuanto a la pretensión de que se acreditara el cumplimiento de disposiciones legales, también rechazada en la sentencia de primera instancia, la Cámara consideró, con cita de la Corte Suprema (caso “Prodelco”, Fallos 321:1252, de 1998), que debía acreditarse la existencia de un perjuicio, la afectación de un interés jurídicamente protegido, de orden personal, particularizado, concreto y susceptible de tratamiento judicial.²⁵ A criterio del tribunal de alzada, los actores no habían acreditado tal extremo, por lo que fue rechazado el agravio.

24. Creemos que el rol del juez en cuanto a la dirección del proceso fue en este caso determinante, a fin de encauzar adecuadamente la pretensión y dar una respuesta judicial que se aproximaba a lo que parecía ser la intención de los actores. Tal vez un mejor diseño de la demanda hubiera implicado que, si lo que se pretendía era controlar de qué modo la Administración controlaba las condiciones de seguridad de los establecimientos educativos, iniciara una acción distinta. En tal sentido, la Ley de Acceso a la Información Pública N° 104 provee una herramienta más eficaz para conocer de qué modo (con qué frecuencia y con qué resultados) la Administración realiza inspecciones en las escuelas. Si los actores hubieran recabado esa información previamente, hubieran podido encuadrar de una manera más precisa su pretensión.

25. Aun cuando en “Prodelco” la cuestión también versaba sobre derechos de incidencia colectiva (de consumidores o usuarios), la cita puede parecer inapropiada si se tiene en cuenta que el juez de primera instancia sostuvo que el amparo colectivo en la Ciudad es una acción popular. La Cámara no aclaró si compartía este criterio, aunque creemos que lo hizo implícitamente al confirmar el criterio de la sentencia de grado en cuanto a la legitimación de los actores en su calidad de habitantes; es decir, su criterio no era tan restrictivo como lo sugiere la cita elegida. Por lo demás, los contornos del concepto de causa o controversia exigían ciertas modulaciones cuando estaban en juego derechos de incidencia colectiva. La Corte Suprema abandonó para estos casos colectivos esa concepción estricta en “Halabi” (Fallos 332:111), aunque cabe aclarar que esta última sentencia data de 2009, casi tres años posterior a los fallos que comentamos.



V. LOS PARADIGMAS DEL LITIGIO ESTRUCTURAL Y DEL LITIGIO CLÁSICO

Como dijimos al inicio de este comentario, el fallo es un buen ejemplo de lo que se da en llamar litigio de Derecho Público o litigio estructural. Este es un paradigma que emerge en nuestra praxis jurisprudencial y que puede contrastarse con el litigio tradicional.²⁶

Los litigios estructurales suponen un modelo procesal diferente al del litigio tradicional, tanto desde el punto de vista de los derechos que se debaten, como de las características del proceso. Con respecto a lo primero, en general se trata de derechos de incidencia colectiva, en los términos del Artículo 43 CN. Por otra parte, a menudo se constituyen relaciones procesales policéntricas, con diversos intereses en juego (parcialmente contrapuestos o no), mientras que el litigio clásico se caracteriza por tratarse de una controversia bipolar, donde actor y demandado representan intereses claramente opuestos.

También se diferencia del litigio tradicional en cuanto este es retrospectivo, se refiere a hechos ya consumados, usualmente la reparación es de carácter económico (aunque excepcionalmente puede ser factible volver la situación al *statu quo ante*). En cambio, en los litigios de Derecho Público el tribunal debe adoptar remedios flexibles, variables con el tiempo, y que tomen en consideración los intereses afectados, aun cuando no hayan estado representados en la causa.

Por último, el objeto del juicio no es una disputa entre particulares acerca de derechos privados, sino que se pone en cuestión el funcionamiento de una política pública.

Estas características del litigio de Derecho Público plantean diferentes exigencias al juez, que debe asumir un rol más activo. Los litigios tradicionales son iniciados a instancia de parte y controlados por ellas. En ellos el juez aparece como un árbitro neutral, que solo decide las cuestiones de hecho y de derecho que le son propuestas por las partes, característica que se relaciona con el principio dispositivo, típico de los procesos civiles. En cambio, se verifica un mayor activismo de los jueces en los litigios estructurales, ya que los intereses en juego trascienden de las partes²⁷ y pueden proyectarse sobre terceros, aun cuando no hayan sido parte en la controversia.

Por último, los litigios estructurales a menudo cuentan con la actuación procesal de actores institucionales (Ministerios Públicos, Defensor del Pueblo, organizaciones no gubernamentales, etc.), debido a la relevancia del interés público comprometido en ese tipo de pleitos.

26. Nos hemos referido con mayor detalle a los dos paradigmas de litigio en nuestro trabajo: “El litigio de Derecho Público y la función judicial: observaciones acerca del control judicial de las políticas públicas”, en: Alonso Regueira, Enrique (director), *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes - Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires, 2014, p. 633.

27. A título de ejemplo, el Artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24240 prevé que en los casos de acciones colectivas promovidas por asociaciones de consumidores, en caso de que estas las desistan o abandonen, la titularidad activa es asumida por el Ministerio Público Fiscal.



VI. EL LITIGIO ESTRATÉGICO Y LOS DESAFÍOS PARA LOS OPERADORES JURÍDICOS

En materia de litigio estratégico, que usualmente se traduce en acciones colectivas, nos encontramos en una situación comparable a la que existía en nuestro país entre la creación jurisprudencial del amparo en los casos “Siri” (1957) y “Kot” (1958) y el dictado de la ley reglamentaria (la N° 16986, de 1966); o la situación que medió entre la consagración constitucional de la garantía de *habeas data* (1994) y el dictado de la Ley N° 25236 (2000). En ese período intermedio, las garantías constitucionales respectivas tuvieron un desarrollo pretoriano: era la jurisprudencia la que iba definiendo las reglas, excepciones y alcances de las acciones procesales. Algo semejante sucede con el amparo colectivo y, en general, con las acciones colectivas:²⁸ no obstante su consagración constitucional, tanto a nivel nacional (art. 43, segundo párrafo CN) como local (art. 14, segundo párrafo CCABA), aún no existe una reglamentación legislativa, de modo que es la jurisprudencia la que va definiendo sus contornos, a la espera de que el legislador dicte la norma correspondiente. En el caso “Halabi” de la Corte Suprema, de fecha posterior a las sentencias que comentamos, sin perjuicio de la solución del caso, también se fijaron los lineamientos a tener en cuenta por los jueces en este tipo de causas. Sin duda, se trata de bases que deberán ser consideradas en una futura reglamentación legislativa. En tal sentido, existe una tarea pendiente del legislador en dictar la normativa correspondiente, más allá de que ello no es óbice para que puedan sustanciarse estas acciones.

Desde otra perspectiva, las acciones colectivas también significan un desafío para el sistema de administración de justicia. Por un lado, no todo reclamo es susceptible de convertirse en una demanda judicial: es necesario distinguir entre aquello que es “manejable judicialmente” y aquello que debe ser dejado en manos de la Administración (sin perjuicio del control judicial posterior). En esto es relevante la forma en que el juez ejerza su función de dirigir el proceso. Los tribunales no sustituyen a la Administración en cuanto a las decisiones de contralor que competen a esta; algo que fue advertido por los jueces intervinientes en las dos sentencias recaídas en la causa que comentamos. En este caso, el objeto de la demanda se acercaba a colocar al juez en la posición de monitorear el ejercicio de la función de contralor que corresponde a la Administración. Es esta la que realiza una actividad concreta, permanente, inmediata, tendiente a satisfacer necesidades generales, mientras que los tribunales resuelven controversias concretas. Ello supone que estas deben estar delimitadas por los actores con razonable precisión. Después de todo, el recaudo de conocer en *causas* –al que reiteradamente se ha referido la Corte Suprema como habilitante de la jurisdicción de los tribunales– no solo tiene bases en el Artículo 116 de la Constitución Nacional; también la Constitución y leyes de la Ciudad se refieren a él.²⁹ El ya mencionado caso “Halabi” de la Corte Suprema delineó los

28. Existen algunas regulaciones sectoriales, en el ámbito del derecho del consumidor (la antes mencionada Ley N° 24240, arts. 52 y concordantes) y del derecho ambiental (Ley N° 25675, arts. 27 y concordantes).

29. En especial, el Artículo 106 CCABA establece que “[c]orresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y



contornos actuales del concepto de *causa* cuando están en juego derechos de incidencia colectiva, de modo que contamos con un criterio para definir lo que es propio de los tribunales de justicia y lo que corresponde a la Administración. Esta exigencia de que exista una *causa* en sentido constitucional ha llevado al Alto Tribunal a sostener que “no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición”.³⁰

En el caso bajo comentario, el juez de primera instancia pudo modular la pretensión de los actores de modo que esta fuera una *causa* sobre la cual pudiera conocer y decidir, sin por ello convertirse en legislador o en administrador. Las sentencias de ambas instancias reflejan la preocupación por evitar este resultado, en particular cuando desechan la pretensión de que se diseñe un sistema de inspecciones sobre los establecimientos educativos, ya que ello es parte de la función de contralor que compete a la Administración.

Por otro lado, y en directa vinculación con lo anterior, parece que surge una participación más dinámica del juez, que lo estimula a actuar más allá del principio dispositivo. En este caso, del relato de la sentencia de primera instancia surge que el juez debió ejercer sus poderes de dirección del proceso a fin de suplir falencias en la forma en que se constituyó el litigio. En efecto, es una característica de los litigios de Derecho Público que el juez no es un espectador del conflicto, sino que interviene activamente para lograr su solución y encauzar el trámite.³¹ A menudo ello exige un compromiso que se extiende hasta después del dictado de la sentencia; también en la etapa de ejecución puede resultar necesaria la actuación del juez para asegurar el cumplimiento de la sentencia, que usualmente consiste en un complejo de obligaciones de hacer que se encomiendan a la Administración. La etapa de ejecución puede incluso presentar dificultades mayores que el dictado de la sentencia, por diversas causas: renuencia de los funcionarios, pero también la necesidad de realizar procedimientos administrativos para llevar adelante

decisión de todas las *causas* que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales [...]”. Ello, sin perjuicio de observar que existen normas constitucionales específicas que no necesariamente se refieren a causas: el conflicto de poderes (art. 113, inc. 1 CCABA) y la acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2 CCABA), que son de competencia del Tribunal Superior de Justicia. Por su parte, el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad también exige la configuración de una causa contencioso administrativa para habilitar la jurisdicción local (art. 2° CCAyT).

30. Véase: CSJN, *in re* “Halabi”, considerando 9°.

31. Así, en “Halabi” la Corte Suprema señaló que la admisión formal de la acción colectiva exige ciertos recaudos elementales, mencionando: la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean homogéneas a todo el colectivo. Además, introdujo algunos recaudos procedimentales, tendientes a asegurar la notificación a todos los que pudieran tener interés en el pleito (a fin de permitirles optar por quedar fuera del proceso o comparecer en él como parte o contraparte) y la adecuada publicidad de la acción para evitar la promoción de procesos múltiples o superpuestos, a fin de evitar que se puedan dictar sentencias disímiles o contradictorias sobre los mismos puntos (v. considerando 20°). Como puede advertirse, la verificación de estos recaudos exigirá de los jueces una actividad procesal más intensa, a fin de asegurar los distintos valores en juego: el acceso a la justicia, la defensa en juicio y, en definitiva, la protección del derecho de incidencia colectiva.



obras (v. gr. licitaciones públicas u otros mecanismos de selección), con las consiguientes demoras.

VII. CONCLUSIÓN

El caso que analizamos es un buen ejemplo de las posibilidades y límites del litigio de reforma estructural. Superando dificultades formales, relacionadas con el modo en que fue propuesta la demanda, los jueces actuantes lograron encauzar de una manera satisfactoria la pretensión, dando una respuesta adecuada a lo que era percibido como una necesidad real: la omisión de obras indispensables para el funcionamiento en condiciones seguras de los establecimientos escolares, máxime cuando la prestación del servicio educativo constituye una responsabilidad indelegable de la Ciudad (art. 25 de la Constitución local). En efecto, más allá de que la demanda no especificaba una petición en términos claros y precisos –pues solicitar el cese de la omisión de ejercer el poder de policía en los establecimientos educativos es de una latitud excesiva– no cabía duda de que existía una preocupación social real respecto de las condiciones de seguridad en los establecimientos educativos. El propio relato de los hechos contenido en la sentencia de grado se refiere a la tragedia ocurrida en el local “República Cromañón” en 2004, lo cual era un antecedente que sin duda daba verosimilitud al planteo de que existían falencias edilicias en las escuelas no atendidas por la autoridad administrativa. Fue necesario este proceso para que esta última cesara en su inactividad (o actividad deficiente), aunque no pudo corroborarse que las falencias tuvieran la extensión alegada por los actores. De este modo, mediante un encauzamiento oportuno, y con el auxilio de otros actores institucionales (como lo era el Ministerio Público Tutelar y una organización no gubernamental dedicada a la tutela de los derechos humanos), pudo darse una respuesta eficaz ante lo que era una actuación administrativa deficiente que amenazaba los derechos de los usuarios del sistema educativo: los niños, niñas y adolescentes y los docentes y no docentes que a ellos concurren.



5.

“KALPAKIAN ARTIN PARSZZEG C/GCBA S/ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA”

REVALÚO INMOBILIARIO, INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PERCEPCIÓN
RETROACTIVA

Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA

24 de octubre de 2006



LA APLICACIÓN RETROACTIVA EN MATERIA TRIBUTARIA Y EL DEBIDO PROCESO

Por Juan Octavio Gauna*

Se me ha encomendado la tarea de realizar un comentario sobre el fallo emitido en autos “Kalpakian Artin Parszszeg c/GCBA s/acción meramente declarativa” de la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A fin de facilitar la lectura del trabajo el método empleado será la división del comentario en distintos aspectos relevantes del caso en estudio.

El fallo tiene una temática diversa y, en mi entender, aspectos opinables en algunos puntos concretos. La sentencia campea por lo pronto sobre un tema que tuviera, en su momento, distintas soluciones en el orden nacional y en el orden local, en lo referido a la procedencia de la vía de la acción declarativa en materia tributaria, que posteriormente se resolvió por su admisibilidad. Con ese problema despejado, el fallo en análisis se abstuvo de debatir el tema.

La breve reseña de los antecedentes de hecho de la causa se reduce a tomarlos de las respectivas sentencias de 1era y 2da instancia, única documentación allegada para el comentario sin tenerse a la vista el expediente en sí mismo.

Los otros temas de fondo atinentes al caso estarían referidos al efecto liberatorio del pago del tributo, la aplicación retroactiva del revalúo inmobiliario y el derecho del defensa del administrado-contribuyente.

* Egresó del Colegio Nacional de Buenos Aires y cursó sus estudios de abogado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde se recibió en 1969. Ejerció la profesión hasta 1974. Pasó a desempeñarse como Secretario, Juez de Primera Instancia y de Cámara en el fuero Contencioso Administrativo Federal entre 1974 y 1983. Luego, desde el 23 de diciembre de 1983 hasta septiembre de 1987, ejerció como Procurador General de la Nación. El 18 de diciembre de 1998 asumió como Presidente del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, cargo que desempeñó hasta el 18 de diciembre de 2002. El 3 de mayo de 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo designó Miembro Titular del Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público de la Nación. El 10 de mayo de 2007 fue renovada su designación por un período de tres años, la cual ha sido extendida hasta la actualidad. Además de los cargos judiciales, se desempeñó en la actividad académica en varias universidades. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, como Profesor de la carrera de Grado en la materia Derecho Administrativo, Director del Departamento de Práctica Profesional y Profesor en el curso de Posgrado sobre el “Régimen Institucional de la Ciudad de Buenos Aires”. En la Universidad del Salvador, como Profesor en el Posgrado de Derecho Procesal en la materia Procedimiento y Proceso Administrativo, y en 2011 fue designado Profesor Emérito por el Rector. También fue profesor de Derecho Administrativo en el Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina. Asimismo, es miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo y de la Asociación Latinoamericana de la Administración Pública. Cuenta con más de 30 publicaciones relacionadas con la temática de Derecho Público y ha participado en más de 100 conferencias, seminarios y jornadas.



I. ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA (ART. 322 CPCCN Y ART. 277 DEL CCAYT DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES) EN MATERIA TRIBUTARIA

Si bien el tema, como adelantamos, no ha sido tratado en el fallo en comentario, conviene advertir que ha sido debatido a lo largo de estos años en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Inicialmente, el máximo tribunal se mostró renuente a admitir la acción declarativa en este ámbito del derecho, tanto en el cuestionamiento de tributos locales como de tributos nacionales. Claro ejemplo es el fallo “Bridas”.¹

En aquella oportunidad la Corte rechazó la procedencia de la acción por considerar que la actora tenía otros medios legales para poner fin al estado de incertidumbre que padecía. Así, expresó que “no surge que la demandante haya utilizado los remedios administrativos previstos en el ordenamiento fiscal local a efectos de obtener la revisión de la intimación emanada de la Dirección General de Recaudación de la Provincia. Por otra parte, la actora pudo provocar la actividad jurisdiccional a través de un medio legal apto como lo es la acción de repetición, para la cual solo le hubiera bastado cumplir con un requisito específico del régimen tributario como lo es la regla *solve et repete* y atacar la intimación que se le formulara. Por lo demás, tal recaudo no ha sido cuestionado en su aplicación al presente caso, ni se ha alegado que su cumplimiento debiera ser dispensado como lo ha admitido, en ciertos supuestos, esta Corte. De esa manera, la persistencia de la incertidumbre en la que pretende fundamentar la demanda, resulta atribuible solo a su conducta, pues ha prescindido de un medio idóneo para obtener, a través de un proceso de condena, la certeza jurídica que reclama”.

En este mismo sentido la Corte se expidió en el fallo “Equipos Hidráulicos SRL”,² donde rechazó la admisibilidad de la acción declarativa de certeza en cuanto al cuestionamiento de un tributo nacional, ya que el régimen de la Ley 11683 de Procedimientos Tributarios le establecía las vías y herramientas necesarias para la tramitación de su pretensión. “La declaración de certeza que se pretende obtener del órgano judicial, solo podría emanar como consecuencia del procedimiento reglado por la ley 11683, cuyas disposiciones revisten el carácter de ordenamiento específico de todos los aspectos vinculados con la determinación y percepción de los tributos cuya recaudación se halla a cargo de la Dirección General Impositiva y fuera del cual no cabe intentar la apertura de vía alguna para arribar a una declaración respecto de la responsabilidad de los sujetos a cuyo cargo pudiera encontrarse el ingreso de dichos tributos. En tal orden de ideas se

1. “Bridas Sociedad Anónima Petrolera, Industrial y Comercial v. Provincia del Neuquén” 305:1715 sentencia del 20 de octubre de 1983.

2. “Equipos Hidráulicos SRL” 308:2147, sentencia del 13 de noviembre de 1986.



ha señalado que la existencia de una ley instrumental específica que regla las relaciones tributarias hace que la tramitación de las causas deba ajustarse a sus normas.”

Este criterio se ha sostenido por el Juez Luis Lozano del Tribunal Supremo de la Ciudad de Buenos Aires. Entiende que la acción declarativa no es una vía apta en materia fiscal, por la presencia de una ley especial, en este caso el Código Fiscal. De esta manera, al existir una regulación especial que regula las acciones posibles en materia fiscal, se desplaza la procedencia de la acción declarativa de certeza, que tiene carácter subsidiario a que no existan otros medios legales. Así lo expresó en el caso “Herrero”.³ “En suma, la circunstancia de que la acción declarativa de certeza haya sido concebida por el legislador local como subsidiaria (al igual que el Nacional), para que proceda se debe demostrar la inexistencia o ineficacia de “otros medios legales” para trabar la contienda que se pretende llevar a conocimiento del Poder Judicial e impide su procedencia cuando, como ocurre en materia fiscal, existen reglas específicas que regulan las condiciones y la forma en que se pueda trabar una controversia.”

Sin embargo, con el paso del tiempo, el razonamiento de la Corte varió. En relación a la impugnación de un tributo nacional, con tacha constitucional la Corte aceptó la vía de la acción declarativa de certeza en varias oportunidades. Por ejemplo, existen numerosos casos en donde se utilizó la acción de certeza en cuestionamientos, como la suspensión del ajuste por inflación en el impuesto a las ganancias, cuando ello producía efectos confiscatorios. Entre ellos se encuentran varias acciones declarativas aceptadas en base a la doctrina sentada en el fallo “Candy”.⁴

Explica el doctor Casas, en el marco de la causa “Herrero”,⁵ que: “Del voluminoso listado de precedentes en que las articulaciones constitucionales estuvieron dirigidas al cuestionamiento de tributos nacionales y que encontraron cauce en acciones declarativas de certeza, en lo personal, infiero que más allá de que pueda no haber cuestionado el Fisco Nacional la vía ritual utilizada por el contribuyente, no cabe necesariamente extraer como conclusión de ello que, de haberse ejercitado tal defensa, el tribunal cimero hubiera ocluido la consecución del proceso”.

En cuanto a la admisión de la vía de certeza para el cuestionamiento de tributos locales con tachas de constitucionalidad, la Corte se apartó de lo señalado en el fallo “Bridas”, considerando que la acción declarativa de certeza es plausible en materia tributaria.

Así se expidió en el fallo “Santiago del Estero, provincia de c/Estado Nacional”.⁶ La legislatura de la Provincia de Santiago del Estero había dictado la Ley 5464 que establecía

3. “Herrero María Cristina c/GCBA” s/amparo (art 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” del Tribunal Superior de Justicia CABA

4. “Candy S.A. c/A.F.I.P. y otro s/acción de amparo (Fallos: 332:1571)”.

5. Fallo citado en nota n° 3.

6. “Santiago del Estero, provincia de c/Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales s/acción de amparo”



una tasa del 5% sobre el precio de las naftas “súper” y “común” y del 2.5% sobre el gas oil. En consecuencia, la “divisional” Salta de Yacimientos Petrolíferos Fiscales comunicó a través de un telegrama que debían abstenerse de modificar sus precios bajo apercibimientos de aplicarles las sanciones previstas en la resolución de la Secretaría de Energía N° 125. Ante tal situación la Provincia de Santiago del Estero había acogido la vía del amparo. Sin embargo la Corte reencauzó el proceso por una acción declarativa de certeza, por considerar que esa herramienta procesal era más idónea para el caso en cuestión. En esa ocasión, la Corte estableció: “Como se advierte la Provincia persigue una declaración preventiva que impide que, en esta oportunidad de ponerse en vigencia la ley que dictó su legislatura, el Estado Nacional concrete las medidas anticipadas en los telegramas mencionados anteriormente y que funda en las normas legales citadas. Se está frente a una solicitud de declaración de certeza, porque no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa, sino que responde a un ‘caso’ y busca precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión que vinculan a las partes en conflicto. (...) La acción declarativa regulada en el art. 322 del Código Procesal, constituye un recaudo apto para evitar el eventual perjuicio denunciado por la actora y que derivaría de la suspensión de suministro del combustible, toda vez que provee a la definición, ante los estados del Tribunal, de una relación jurídica discutida o incierta. En efecto, la sola manifestación de la entidad nacional de ejercer las medidas que expone en sus telegramas revela la existencia, en el caso de la demandante, de un interés real y concreto susceptible de protección legal actual”.

En igual forma se manifestó en el caso “Newland”.⁷ En esa oportunidad, la Provincia de Santiago del Estero había opuesto una excepción de incompetencia de legitimación para obrar de la actora porque consideraba que en materia tributaria la acción declarativa no era viable dado que se debía aplicar la regla *solvet et repete* y, por lo tanto, la actora carecía de legitimación sustancial activa para demandar aquella declaración respecto de un impuesto que no pagó. Por otro lado, la actora sostenía que la Ley provincial 5442, que le imponía la obligación de realizar inversiones en sus predios rurales y que sancionaba el incumplimiento con la imposición de una multa, no era de carácter tributario. Ante tal situación la Corte consideró que se encontraban acreditados los requisitos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial. “Que como lo destaca el Procurador Fiscal en su dictamen, se encuentran acreditados en el *sub lite* los requisitos establecidos por el art. 322 del CPCCN para la procedencia formal de la acción meramente declarativa, esto es la concurrencia de un estado de incertidumbre sobre la existencia y modalidad de una relación jurídica, en tanto se trata de la aplicación de un gravamen o sanción respecto de actividades ya cumplidas u omitidas; la existencia de un interés jurídico suficiente en la accionante ya que ha mediado una actividad explícita del poder administrador dirigida

(307:1379) sentencia del 20 de agosto de 1985.

7. “Leandro Antonio Newland v. Provincia de Santiago del Estero” (fallo 310:606), sentencia del 19 de marzo de 1987.



a la percepción de aquel, y la carencia de otra vía alternativa para articular la pretensión que se trae al proceso.” Asimismo, la Corte destacó que conforme a la jurisprudencia del tribunal, la declaración de certeza no era de carácter consultivo, sino que se estaba frente a un “caso” donde se busca evitar los efectos de un acto en ciernes al que se le atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, por lo tanto, que se estaba dentro de una “causa o controversia” en los términos de la Ley fundamental. Luego estableció que “la admisión de que concurren en la especie los presupuestos de la acción meramente declarativa, en especial el estado de incertidumbre respecto de los alcances de la relación jurídica concreta y del interés suficiente en el accionante, constituye el primer obstáculo a la viabilidad de la argumentación de la demanda. En efecto, dentro de ese marco, la exigencia de cumplimiento previo de lo que constituye el objeto de la discusión, implicaría desconocer la necesidad de tutela judicial que, en casos como el presente, tiende a dilucidar el estado de falta de certeza entre el contribuyente que cuestiona la actitud del Estado y este último (...) no se advierte que la sustentación del presente juicio, mientras no haya recaído en él decisión firme, pueda impedir la percepción que pretende la provincia. Ello es así dado que el procedimiento declarativo reglado por el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no excluye necesariamente el cobro compulsivo que la demanda estaría habilitada a intentar por las vías procesales que considere pertinentes (...) por ello, no se advierte que la discusión judicial en los términos planteados pueda colocar al contribuyente en situación privilegiada ni que se altere el derecho del Fisco a recaudar, derecho que se sustenta en la definitiva configuración del hecho imponible”. Finalmente, la Corte concluyó: “Que este criterio, que por lo demás ha sido expuesto por la Procuración General en el dictamen emitido en la causa ‘Hidronor S.A. c/Provincia del Neuquén’ el 17 de diciembre de 1971, importa modificar el de Fallos 305:1715 que esta Corte en su actual composición no comparte”. La Corte dejó por sentado que desistía del criterio que había establecido en “Bridas”.⁸

En un reciente fallo, “Asociación mutual Sancor”⁹ de este mismo año, la Corte reiteró la doctrina establecida en “Newland” determinando que la vía de la acción declarativa de certeza era idónea para el cuestionamiento de un impuesto al valor agregado sobre la actividad de servicios de asistencia sanitaria, médica o paramédica. “Que en una constante jurisprudencia la Corte ha establecido la necesidad de examinar si la demanda cumple con los recaudos que el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece para la procedencia de las acciones meramente declarativas (Fallos: 304:310; 307:1379; 310:606; -4- CSJ 78/2014 (50-A) ‘Asociación Mutual Sancor el AFIP DGI s/acción meramente declarativa de derecho’; 311:421; 325:474, entre muchos otros). Al respecto, el Tribunal ha sostenido que las pretensiones de tal naturaleza solo constituyen causa en los términos de la Ley Fundamental, siempre que no tengan carácter simplemente

8. Fallo citado en nota n° 1.

9. “Asociación Mutual Sancor c/AFIP DGI s/acción meramente declarativa de derecho”, sentencia del 14 de abril de 2015.



consultivo ni importen una indagación meramente especulativa, sino que respondan a un 'caso' que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se le atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal.”

En consecuencia, según la jurisprudencia del máximo tribunal, la vía de la acción declarativa de certeza es idónea en materia tributaria. La razón se encuentra en que la admisibilidad de la acción declarativa de certeza no impide la ejecución de los títulos fiscales, mientras que las respectivas leyes no hayan sido declaradas inconstitucionales en una sentencia definitiva que haya pasado en cosa juzgada. Así lo había ilustrado en un principio el Procurador general, Eduardo H. Marquadt en aquel dictamen de la causa “Hidronor S.A.”, en 1971.¹⁰ “No cabe dilatar la percepción de los gravámenes introduciendo en el proceso ejecutivo el debate sobre su legitimidad, pero constituye una interpretación demasiado alta de la regla *solve et repete* prescribir el desarrollo anterior o paralelo de tal debate en procedimientos declarativos reglados por la ley que no se oponen al cobro compulsivo *inter moras litis*. Claro está que la ley puede subordinar toda discusión judicial de la legitimidad del gravamen a su previo pago, como lo hace la ley 11.638 respecto de los impuestos nacionales a los que se refiere. Mas en tanto no medie prescripción en contrario, es dable perseguir por vía declarativa la invalidación del título fiscal antes de su pago, sin perjuicio de su ejecutoriedad hasta tanto recaiga fallo con fuerza de cosa juzgada sobre el punto.”

Asimismo, como bien expone el Doctor Casas, ministro del Tribunal Supremo de la Ciudad de Buenos Aires, en el marco de la causa “Herrero”:¹¹ “A pesar de la existencia de normas específicas regulatorias de la relación tributaria y sin perjuicio de la situación de especial sujeción en que se encuentra el contribuyente, este último merece idéntica protección jurisdiccional que el resto de los justiciables, no pudiendo válidamente privarse de una vía procesal preventiva que reviste carácter general para todos los litigantes”. No sería plausible impedir, en materia tributaria, la acción declarativa de certeza que sí se admite en otras áreas del derecho, poniendo en clara desventaja al contribuyente que pretende la defensa de sus derechos.

A los efectos de resguardar la tutela judicial efectiva, es necesario que el contribuyente cuente con una herramienta apta como es la declaración de certeza, cuando cuestiona la legitimidad del gravamen. Esto no vulnera la presunción de legitimidad ni la ejecutoriedad del acto de determinación tributaria, el contribuyente está obligado a pagar hasta el momento en que, llegado el caso, obtenga una sentencia firme y positiva en cuanto a la ilegitimidad del tributo. Sin perjuicio de que, durante el curso de la acción, requiera una medida cautelar de no innovar para suspender la actividad de recaudación del fisco de la obligación en litigio.

10. “Hidronor S.A. c/Provincia de Neuquén”, sentencia del 17 de diciembre de 1971.

11. Fallo citado en nota n° 3.



Esclarecido el punto introductorio debemos pasar a los fallos propiamente dichos, tanto el de primera instancia como el de la Cámara.

II. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

En primer lugar, es necesario hacer una recapitulación de los hechos. El actor, Kalpakian, promovió una demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de la vía de la acción declarativa (art. 277 CCAT), con el objeto de que cese el estado de incertidumbre respecto de la aplicación retroactiva de un revalúo inmobiliario sobre sus inmuebles. Alegó que ya había abonado las contribuciones correspondientes al período 1993-1998 y la administración las había reconocido, gozando entonces del beneficio del efecto liberatorio del pago, considerándolo un derecho adquirido comprensivo del derecho de propiedad.

El juez de grado consideró oportuno ordenar una medida de mejor proveer, dado que la actividad probatoria de la actora no producía el convencimiento o certeza de los hechos alegados como para poder resolver y la demandada no había ofrecido prueba. El juez consideró, en base a la prueba acogida a través de la medida de mejor proveer, que la nueva valuación del inmueble se debía a un cambio en la categorización. Habían existido en el caso alteraciones materiales, una ampliación del inmueble, que no habían sido oportunamente denunciadas por la actora. Con este criterio, el juez citó la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNACAF) que establece que en relación al efecto liberatorio del pago y la consiguiente seguridad jurídica, el eventual error de las autoridades administrativas receptoras de tributos no puede perjudicar al contribuyente siempre que este no haya obrado con dolo o culpa grave. Siguiendo esta línea jurisprudencial, consideró que el actor había inducido a la administración a errar en la categorización originalmente considerada como base imponible de las contribuciones de ABL, dado que había omitido denunciar la ampliación y las modificaciones del inmueble. En sintonía, citó la Ordenanza Fiscal T. O. 1998 que establecía que “toda variación que se produce en un inmueble y que da lugar a la revisión del avalúo existente, debe ser declarada por el responsable ante la administración municipal dentro de los dos meses de producida”. Finalmente, concluyó que el pago efectuado originalmente durante el período 1993-1998 no tenía efectos cancelatorios definitivos dado que no se extinguió la obligación tributaria, puesto que la administración re liquidó la obligación por hechos imputables al contribuyente.

III. FALLO DE LA CÁMARA

El Dr. Corti comienza su voto instruyendo acerca del principio de reserva de ley en materia tributaria. Este principio establece que, en consonancia con el sistema



constitucional, todas las personas tienen la obligación de cumplir con las obligaciones tributarias que implican contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y brindar al Estado los recursos necesarios para hacer efectivos los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico. Comprende también al principio de reserva de ley en materia tributaria la consecuencia de que, una vez cumplida la obligación tributaria, esta es indisponible, aun para la administración. Explica el juez Corti que, aun para disminuir el monto en beneficio de los deudores o morosos, esto no puede realizarse si no es con la mayoría absoluta de la Legislatura (art. 51, CCABA).

Continúa el Dr. Corti exponiendo acerca de la complejidad de aquellos casos en donde ha mediado un error en los registros de la administración y, en consecuencia, el contribuyente saldó la obligación tributaria por montos menores a lo que correspondía según el mandato legal. Así, relata que existe una disyuntiva de dos valores que merecen tutela judicial: el cumplimiento de la obligación legal tributaria y la seguridad jurídica. Sin embargo, esta colisión de derechos fue resuelta por el Máximo Tribunal en los casos “Bernasconi”¹² y “Guerrero de Louge”,¹³ donde se estableció que el error de la Administración al liquidar el tributo no puede perjudicar al contribuyente de buena fe.

Luego agrega que, si bien en algunos casos el contribuyente debe determinar mediante una declaración jurada cuál es el monto que corresponde abonar acorde al mandato legal, no tiene compromiso de hacerlo en el caso del tributo por ABL, territorial y de pavimentos y aceras y ley n° 23.514, en donde, por la forma de aplicación del tributo, recae en la autoridad administrativa recaudadora establecer la obligación que el contribuyente debe cumplir. Continúa explicando que en este caso, es la propia mecánica liquidatoria del tributo la que torna aplicable la doctrina del efecto liberatorio del pago, aun cuando no se haya pagado el monto íntegramente. Si se ha pagado de buena fe lo administrativamente liquidado, la seguridad jurídica impone que es suficiente, más allá de que el monto sea menor a lo realmente debido de acuerdo a la ley.

Habiendo expuesto la doctrina aplicable al caso, el Dr. Corti consideró que “no surge de las constancias aportadas a la causa que la actora haya inducido en modo alguno a errar en la originaria categorización del inmueble en cuestión. Por el contrario, la actora ha pagado de buena fe lo administrativamente liquidado en cada oportunidad. Atento a ello y a fin de amparar la seguridad jurídica del contribuyente sobre la que me he referido en los puntos que anteceden, entiendo que el agravio relativo al efecto liberatorio del pago, debe prosperar”.

12. “Bernasconi Sociedad Anónima Inmobiliaria Agrícola Ganadera Financiera Comercial Inmobiliaria e Industrial c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, en la sentencia del 12 de noviembre de 1998 (321:2933).

13. “Susana Ernestina Teresa Guerrero de Louge c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, sentencia del 12 de noviembre de 1998 (321:2941).



En la segunda parte de su voto, el magistrado Corti explica por qué en el caso se había lesionado el derecho de defensa de Kalpakian.¹⁴ Entiende que de los documentos aportados como prueba no surge que la administración haya brindado detalles y razones claras acerca de la motivación del revalúo inmobiliario: “Aquellos que, sin embargo, no surge de la documentación enviada al contribuyente es cómo se llegó a tal conclusión, qué aspectos de la edificación fueron considerados, ni los métodos que empleó la Administración para verificar su información (inspecciones, pericias fotográficas, planos, archivos propios, etc.) tampoco la documentación justifica por qué la Administración modifica las determinaciones de todos los períodos anteriores no prescriptos, y en virtud de qué disposición legal lo realiza”.

Deduca el Dr. Corti que, dado que la administración tiene la facultad de modificar el monto del tributo, efectuar nuevas valuaciones y modificar determinaciones de períodos anteriores, es fundamental que explique detalladamente y exprese cuál es la razón y la causa de la determinación tributaria, a fin de preservar el derecho de defensa del administrado.

Esta obligación surge del art. 7 de la Ley de Procedimientos Administrativos, que es aplicable al caso aun cuando sea materia tributaria, porque no deja de ser un actuar de la administración (el ente recaudador), en el marco de un procedimiento administrativo. Sin embargo, haciendo caso omiso a esta normativa, la administración le envió al contribuyente unas boletas haciendo una vaga referencia al motivo del avalúo, simplemente se le notificó de un cambio en la valuación por una adecuación de empadronamiento, pero sin describir por qué razón y qué motivo llevó a esa modificación de la valuación. Además, explica el Juez Corti, tampoco se le mencionó cuáles eran los recursos que podía utilizar para impugnar esa nueva valuación. Entiende que recién a través de una medida de mejor proveer dispuesta por el juez de primera instancia la actora logra dilucidar los fundamentos por los cuales se había dispuesto el revalúo de su inmueble.

Finalmente, concluye que dado que se aplica en el caso el efecto liberatorio del pago a la luz de la jurisprudencia actual del Máximo Tribunal y que se ha vulnerado el derecho a la legítima defensa del actor, debe proceder el recurso de apelación.

IV. EFECTO LIBERATORIO DEL PAGO - LÍMITE A LA RETROACTIVIDAD TRIBUTARIA

Habiendo hecho una recapitulación de los hechos y de lo resuelto por la Cámara, es importante resaltar la importancia que ha tenido en el caso la doctrina asentada en los fallos “Bernasconi” y “Guerrero de Louge”.¹⁵

14. “Kalpakian Artin Parszseg c/GCBA s/acción meramente declarativa”, de la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

15. Fallos citados en notas 12 y 13.



El efecto liberatorio del pago es considerado un derecho patrimonial adquirido protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional. Esta doctrina ya se ha consolidado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Justamente es el beneficio que otorga el efecto liberatorio del pago lo que torna inconstitucional la aplicación retroactiva de una ley tributaria.

La Corte se ha referido a la imposibilidad de la aplicación retroactiva de las leyes tributarias en varias oportunidades. Ya lo había hecho en 1928 en el fallo “Ordoqui”.¹⁶ En esa oportunidad, la Corte expresó que “ni el legislador ni el juez pueden en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior. En este caso el principio de la no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad”.

También se pronunció en el fallo “Sara Doncel de Cook”.¹⁷ Allí el Tribunal dio curso al reclamo de una devolución del tributo sobre la base de que “en la Provincia de San Juan no pueden hacerse efectivos otros impuestos locales que los creados por las leyes u ordenanzas del mismo carácter, sin que sea posible al P. E. establecer otros o extender los existentes a distintos objetos que los expresamente previstos en aquellas leyes. El poder para reglamentarlas se refiere únicamente a la facultad de dictar normas para su mejor ejecución, pero no cabe admitir que bajo este pretexto puedan alterarlas en su espíritu o aplicarse más allá de su propósito expreso”.

La imposibilidad de la aplicación retroactiva de leyes tributarias tiene sustento en varios principios constitucionales. En primer lugar, en el principio de legalidad *nullum tributum sine lege* que establece que no puede imponerse una obligación tributaria sin una ley que la contenga. Esto se explica en el sentido de que la percepción de los tributos es una facultad del poder coercitivo del Estado y una invasión en la riqueza de los contribuyentes, el Estado de Derecho exige que la percepción de los impuestos sea a través de una ley que los instrumente al momento de la recaudación. Asimismo, como bien detalla el Dr. Dino Jarach, en materia tributaria el principio de legalidad está ligado con el principio de la inviolabilidad de la propiedad del art. 17 de la Constitución Nacional: “...la Constitución expresa que el derecho de propiedad es inviolable y, en consecuencia, solo la ley puede permitir una recaudación de tributos que representaría, aparentemente, una limitación del derecho de propiedad. En suma, no se vulnera el derecho de propiedad cuando el tributo sea recaudado en virtud de una ley dictada por el Congreso.”¹⁸

16. “Ordoqui Pedro s/sucesión” (151:103), en la sentencia del 27 de abril de 1928.

17. “Sara Doncel de Cook c/Provincia de San Juan sobre repetición de pago”, en la sentencia del 6 de septiembre de 1929 (155: 290).

18. Jarach, Dino, *Curso de Derecho Tributario*, Ediciones CIMA, primera edición 1980, p. 78.



En cuanto al Efecto Liberatorio del Pago, la Corte se pronunció en el fallo “Bernasconi”.¹⁹ Estableció que nunca el error en la administración en la tasación del impuesto puede perjudicar a un contribuyente de buena fe. Esto se explica en el sentido de que una vez pagado el tributo el contribuyente se libera de su obligación. Ese pago tiene un efecto liberatorio, no se le puede exigir más nada. No puede someterse al contribuyente a una situación de incertidumbre sobre un tributo que ya solventó, en el momento en que cumple con su deber frente al fisco queda liberado de exigencias por parte del ente administrativo recaudador. “Que la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que aunque hubiera habido error en la autoridad administrativa, ese error no puede invocarse en contra del contribuyente (...) si se admitiera esa facultad la estabilidad de los derechos sería ilusoria y los contribuyentes no estarían nunca seguros en sus relaciones con el Fisco (...) no es función ni obligación de los particulares fiscalizar, controlar o aperebir al Estado por el descuido o ineficacia de los encargados de organizar la buena percepción de la renta cuando ello no afecta sus derechos.”

En igual sentido se expresó en el fallo “Guerrero de Louge”²⁰ “que en reiterados fallos el Tribunal ha declarado que el pago de un gravamen con arreglo al monto y forma exigidos por la oficina encargada de su percepción, produce la liberación del contribuyente, que se incorpora a su patrimonio como un derecho adquirido amparado por la garantía constitucional de la propiedad aunque las autoridades fiscales hayan incurrido en error al efectuar las operaciones tendientes a determinar el monto del gravamen. Que esa jurisprudencia tiene fundamento no tan solo en el efecto extintivo del pago, sino también y muy especialmente en la índole de las relaciones existentes entre el Fisco y los contribuyentes y en la tutela de la seguridad jurídica requerida por la garantía constitucional de la propiedad”.

Sin embargo, el efecto liberatorio del pago, como bien se establece, opera frente a un contribuyente que no haya obrado con dolo o culpa grave equiparable. Quiere decir que, como fue explicado anteriormente, el error en la administración no perjudica a un contribuyente siempre que este haya sido de buena fe. Frente a la norma aplicable al caso, existe una que establece que cuando se realiza una ampliación en el inmueble el contribuyente debe informar a la administración de la misma. Así, el art. 231 del Código Fiscal de 2006 establecía que: “Toda variación que se produce en un inmueble y que da lugar a la revisión del avalúo existente, debe ser declarada por el responsable dentro de los dos (2) meses de producida, ante la Dirección General, la que asentará su cumplimiento efectuando las comunicaciones pertinentes con el objeto de que tal hecho se incorpore al padrón inmobiliario para la liquidación del título”. Asimismo, el art. 81 establecía que dentro de los deberes formales “el contribuyente y demás responsables están obligados a facilitar la verificación, fiscalización, determinación y recaudación de los tributos a

19. Fallo citado en nota n° 10.

20. Fallo citado en nota n° 11.



cargo de la Dirección General”. Se agrega a estas normas lo establecido en el art. 237, que dice: “Se presume el dolo del contribuyente, salvo prueba en contrario, cuando no ha presentado ante la Dirección General la declaración a la que refiere el art. 231”. Es equívoco el fallo de la cámara en este punto puesto que había un deber del particular de informar las modificaciones realizadas, aun cuando sea, como en el supuesto de autos, una modificación insignificante de 7 m², y el contribuyente omitió comunicarlo. Comparto en este punto el criterio del juez de 1era instancia, en cuanto a la omisión del particular de anunciar a la administración las modificaciones realizadas. Uno podría decir entonces que la buena fe del particular es cuestionable dado que no cumplió con su deber de denunciar las reformas realizadas.

V. DEBIDO PROCESO ADJETIVO - DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa es un derecho constitucional amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por los Tratados Internacionales incorporados en el texto constitucional con la reforma de 1994. Este derecho comprende el derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba y obtener una decisión fundada. Es una garantía constitucional que debe ser cumplida y reconocida en todos los procedimientos administrativos, ya sea general o especial, como lo es el caso del procedimiento tributario.

La motivación y la causa de los actos administrativos son requisitos esenciales que deben ser cumplidos para la correcta defensa del particular. Si bien en materia tributaria existe una ley específica que regula el procedimiento tributario, y el art. 130 del Código Fiscal 2006 establecía que “Las normas y términos específicos contenidos en el presente Código tienen preeminencia con respecto a los de la ley de Procedimiento Administrativo”, esto no puede significar el apartamiento de los requisitos mínimos establecidos en la ley general que, se entiende, es la ley de procedimientos administrativos. El art. 7 inc. e del Decreto 1510/97 Ley de Procedimiento Administrativo en la Ciudad de Buenos Aires, establece al igual que el art. 7 de la ley 19549 que la motivación es un requisito esencial del acto administrativo. “Deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando además los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo.”

En el caso en cuestión, surge de lo descripto en el Fallo de la Cámara que, de los documentos donde se le notificaba a Kalpakian el revalúo del inmueble, no se especificaba ni se detallaba cuál era la motivación de ese revalúo. Tampoco se hacía mención de qué métodos de impugnación le concede la ley al contribuyente frente a una notificación por un revalúo inmobiliario.

La Corte Suprema se ha referido al requisito de motivación de los actos administrativos en varias oportunidades. En el caso “Gonzales Villar” la Corte exclamó en el considerando 5° que “requerir la motivación explícita como recaudo de validez del acto



administrativo no puede calificarse como un rigorismo formal, ya que se trata de una exigencia que –por imperio legal– es establecida como elemental condición para la real vigencia el principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos, presupuesto ineludible del Estado de derecho y del sistema republicano de gobierno. Antes que un mero formulismo, la mención expresa de las razones y antecedentes –fácticos y jurídicos– determinantes de la emisión del acto se ordena a garantizar una eficaz tutela de los derechos individuales, de modo que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de un acto que interfiere en su esfera jurídica, ello en función de un adecuado contralor frente a la arbitrariedad y del pleno ejercicio del derecho de defensa”.

De la misma manera se expidió en el caso “Lema”,²¹ donde la Corte compartió haciendo suyos los fundamentos expuestos por el dictamen del Procurador General, que dijo: “En el ámbito de las facultades discrecionales de la Administración es donde la motivación del acto administrativo se hace más necesaria. (...) Si bien no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de motivación explícita del acto administrativo, la cual debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo, no cabe la admisión de fórmulas carentes de contenido, de expresiones de manifiesta generalidad o, en su caso, circunscribirla a la mención de citas legales, que contemplan solo una potestad genérica no justificada en los actos concretos”.

La importancia de exponer detalladamente la motivación de la ordenanza fiscal se ve reforzada en el hecho de que la administración tiene la facultad de efectuar nuevas valuaciones y modificar determinaciones sobre períodos anteriores. Esto implica que, para salvaguardar la defensa del contribuyente, debe especificarse qué razones y qué motivos llevaron a esa nueva valuación. Es importante además que se le otorgue información de qué recursos y medios se proveen para la impugnación de la ordenanza, puesto que solo a través de la impugnación el contribuyente podrá expresarse sobre la nueva valuación. El art. 236 del Código Fiscal 2006 establece que “Las nuevas valuaciones de inmuebles podrán ser recurridas dentro de los quince (15) días desde la fecha de la notificación de la misma”.

Se comparte entonces lo establecido por el fallo de Cámara en este punto, dado que pareciera, según el relato de los hechos del caso, que en la documentación que le enviaron a Kalpakian informando la nueva valuación no se le brindó una explicación detallada de qué criterios, por qué razón y bajo qué norma la Dirección General había dispuesto modificar el monto de la valuación. Quiere decir que el derecho de defensa del contribuyente fue vulnerado, no pudo tener acceso a la información suficiente y necesaria para poder expresarse sobre el revalúo aplicado.

21. “Lema, Gustavo Atilio c/Ministerio de Justicia de la Nación”, sentencia del 14 de junio de 2001 (324:1860).



VI. CONCLUSIÓN

He pretendido exponer en este trabajo mis reflexiones sobre el fallo “Kalpakian Artin Parszseg c/GCBA s/acción meramente declarativa” de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Consideré oportuno agregar una reflexión acerca de la admisibilidad de la acción meramente declarativa. De allí concluí que, a los efectos de salvaguardar la tutela judicial efectiva, el contribuyente debe poder contar (siempre que se encuentren satisfechos los requisitos para su admisibilidad) con la herramienta de la acción declarativa. Esto no lesiona la presunción de legitimidad y ejecutoriedad que goza la obligación tributaria. Por ende, no lesiona al régimen establecido por el procedimiento tributario que el particular inste una acción declarativa, puesto que mientras no exista sentencia definitiva que declare la inconstitucionalidad del tributo este va ser exigible.

En cuanto a la decisión de la Cámara, creo que es acertada en varios aspectos, pero equívoca en otros.

A la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema no es viable que se aplique retroactivamente una ley tributaria, dado que esto sería vulnerar el principio de legalidad y la inviolabilidad de la propiedad dispuesto en el art. 17 de la Constitución Nacional. Ligado a ello está el efecto liberatorio del pago, comprensivo del derecho de propiedad. Sin embargo, tanto la Corte como el ordenamiento fiscal disponen que el error de la administración en el cálculo del monto del tributo no puede perjudicar a un contribuyente siempre que este sea de buena fe y que no haya mediado con dolo o culpa grave equiparable. El actor omitió declarar la ampliación que había realizado en el inmueble infringiendo las normas locales, por ende su buena fe se quebrantó y entró en crisis.

En cuanto al segundo punto argumentativo de la Cámara, comparto que en este caso se ha infringido el derecho de defensa del contribuyente. El derecho de defensa y el debido proceso es un derecho constitucional que debe ser cumplido en cualquier procedimiento administrativo, aun en un procedimiento especial como es el tributario. La motivación detallada de las obligaciones tributarias es esencial a fin de preservar la defensa del contribuyente. Este es, a mi entender, el sustento principal de la solución de la causa ya que, en mi parecer, el principio de legalidad y la inviolabilidad de la propiedad no podría aducirse si se considera la obligación del contribuyente de denunciar las modificaciones introducidas que hace al menos discutible la buena fe que la legislación especial consagra al establecerla.



6.

“DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES C/GCBA Y OTROS S/OTRAS DEMANDAS C/LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA”

INDEMNIZACIÓN POR NO PROTEGER LA CASA DE ANTONIO MILLÁN

Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA

14 de agosto de 2008



PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO “CONSERVAR EL PASADO PARA CONSTRUIR NUESTRA HISTORIA Y DISEÑAR EL FUTURO”

Por Alejandro J. Uslenghi*

SUMARIO

Un juez en lo civil, llamado a intervenir por la demanda presentada por la Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, resuelve una medida de no innovar, impidiendo toda modificación de un inmueble, la llamada “Casa Millán”, debido a los valores histórico arquitectónicos que poseía, hasta tanto entrara en vigencia una modificación del Código de Planeamiento Urbano que lo incluía en un área de protección histórica.

La medida fue notificada al Gobierno de la Ciudad Autónoma, quien no tomó acción positiva alguna. La empresa propietaria de la finca, quien no había sido notificada de la medida de resguardo, procedió a demoler inmediatamente toda la construcción, autorizada al efecto por la administración local, sobre la base de un plano de demolición petitionado por el anterior propietario transmitente del dominio.

Comprobada la demolición del antiguo edificio, la Defensoría del Pueblo redirige su acción contra la empresa adquirente y contra el Gobierno de la Ciudad requiriendo una indemnización por el daño moral colectivo infligido.

Con motivo de la excepción de incompetencia planteada por la administración local, pasó a intervenir un juzgado en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma, quien debió resolver el caso sobre la base de establecer si la Defensoría del Pueblo se encontraba legitimada para requerir la protección del bien; si frustrada esta intervención por la demolición, podía petitionar una indemnización con destino a la colectividad, a través de un programa de protección histórica arquitectónica llevada a cabo por la autoridad competente de la administración central; si la autorización para demoler resultaba írrita sobre la base de la inclusión del inmueble en un distrito de protección histórica, establecida por una ley que si bien promulgada aún no había entrado en vigencia; si, en definitiva, por el conocimiento que la administración tuvo de la medida

* Ha sido Director Jurídico de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires; Secretario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Juez de la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal.

Se desempeña como profesor de los cursos de post grado en Derecho Administrativo de las universidades Austral, Nacional de Tucumán, Nacional del Nordeste y Católica Argentina; de la Escuela de Abogados del Estado (Procuración del Tesoro de la Nación) y de Abogacía Federal y Local (Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires); y de Derecho Urbanístico en la Universidad Nacional de Rosario. Es Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Austral.



cautelar y por el conocimiento que tuvo la nueva propietaria del bien de la afectación que legalmente se le había impuesto resultaban ambas partes demandadas responsables del daño moral colectivo y que, por ende, debía indemnizar.

El juez de primera instancia, tras un profundo estudio del caso y con abundancia de argumentos, encontró responsables a ambos demandados fijando para cada uno de ellos una cuantiosa indemnización, además de unas medidas reparadoras que ponen de manifiesto su activismo judicial.

Apelada la sentencia por ambas demandadas, la cámara de apelaciones confirmó en lo sustancial el pronunciamiento, modificando tan solo la suma reparadora que se redujo. La decisión se adoptó por el voto coincidente de dos vocales, con amplios fundamentos expuestos por cada uno. El tercer vocal, si bien encontró a la Defensoría del Pueblo legitimada para reclamar la medida de protección, entendió que no lo era para solicitar la indemnización por lo que se decidió por rechazar la demanda.

El comentario del fallo, tras repasar los elementos fácticos conducentes, resume la amplia argumentación de los magistrados. Desarrolla luego consideraciones acerca de los mecanismos de protección del patrimonio histórico arquitectónico urbano, detallando su evolución y las manifestaciones del régimen jurídico actual en el derecho comparado y en la legislación vernácula. Aborda novedosos mecanismos jurídicos que pueden aliviar la carga estatal de tener que indemnizar a propietarios alcanzados por vinculaciones legales singulares que imponen gravosas limitaciones dominiales. Finalmente, compara las argumentaciones y decisiones judiciales recaídas en la causa con las políticas públicas elaboradas por la Nación, en orden a fijar los requisitos mínimos de protección ambiental.

I. PRÓLOGO

El caso que será motivo de comentario arroja aristas muy singulares. No es común observar en los anales jurisprudenciales un planteo judicial iniciado por un órgano estatal para obtener la protección cautelar de un bien particular integrante del patrimonio arquitectónico urbano.

Y resulta menos común todavía que, ante el fracaso de esta iniciativa, se persiga la restitución del daño moral que la desaparición de ese bien provocara en la comunidad, condenando a indemnizar al mismo Estado que frustró la expectativa de protección y al propietario particular que dispuso destruir el inmueble, designado como destinado a su protección por el valor histórico que representaba.



Además de sus características tan particulares, el caso presentó una serie de facetas controversiales que debieron ser prolijamente analizadas en sendos fallos de primera y segunda instancia.¹

Si bien resulta de provecho la lectura completa de ambas sentencias, me permitiré en beneficio del amable lector realizar una síntesis de aquellas circunstancias fácticas que han resultado relevantes para decidir la cuestión. Indicaré, a renglón seguido, cuáles fueron los argumentos principales que asumieron los magistrados de la causa para sostener tanto la sentencia de primera instancia como su mantenimiento –en lo sustancial– por el tribunal de apelaciones.

Con posterioridad, me extenderé sobre algunas consideraciones vinculadas a la protección del patrimonio histórico, pasando revista a su evolución jurídico-legislativa, con cita de ordenamientos del derecho comparado; para luego abordar la legislación nativa, tanto en lo que hace a la protección individual, monumental, como en áreas de protección histórica. Haré referencia a ciertos mecanismos que salvaguardan el principio de igualdad frente a las cargas públicas cuando los inmuebles se ven afectados por limitaciones dominiales severas.

Finalmente, encararé un examen paralelo de los decisorios judiciales y su congruencia con los principios de la política ambiental nacional, plasmados en la ley 25.675.

II. LAS VICISITUDES DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA “CASA MILLÁN”

Por la denuncia que efectuó un vecino del barrio de Flores, la Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires inició una demanda sumaria contra el Gobierno de la Ciudad y contra los propietarios del inmueble sito en Juan B. Alberdi 2476, conocido como “Casa Millán”, con el objeto de que fuera preservada la propiedad por formar parte del patrimonio cultural histórico de la Ciudad.

La finalidad perseguida era que los propietarios se abstuvieran de realizar actos que alteraran o destruyeran su exterior, tipología y elementos básicos que definen su forma de articulación y ocupación del espacio, o que impliquen demolición, hasta que entre en vigencia el Código de Planeamiento Urbano en cuanto categoriza el inmueble como APH 15.

El valor histórico del inmueble se fundó en el hecho de ser la construcción más antigua del barrio de San José de Flores, que conservaba casi totalmente su estructura original y que había pertenecido a uno de los fundadores del barrio, Don Antonio Millán.

1. Los pronunciamientos fueron muy exhaustivos, tanto en el análisis de los hechos conducentes como en el desarrollo de una profunda motivación, a punto tal que la sentencia de primera instancia insumió 13 páginas y la sentencia de segunda instancia –en la que lucen votos particulares de los tres magistrados– ocupó 78.



El juez civil interviniente dispuso una medida de no innovar respecto del exterior del edificio, tal como había sido peticionada. La administración local, sin impugnar la medida, planteó excepción de incompetencia y contestó la demanda.

Con relación a la situación jurídica del inmueble, el Gobierno de la Ciudad admitió que el predio se encontraba incorporado al distrito APG 15, figurando como “Edificio a Catalogar”. Adujo que a esa fecha aún no se había dispuesto el tipo de protección e intervención que correspondía al inmueble y, tras señalar que era su deber respetar las prescripciones contenidas en las normas según las cuales el código de marras aún no había entrado en vigencia, admitió que cuando este surtiera efectos sería responsable si no lo incorporaba a la noción “Área de Protección Histórica”, como inmueble a Catalogar.

La empresa particular, por su parte, solicitó el levantamiento de la medida dispuesta y manifestó que había sido inducida a adquirir el inmueble por la publicidad de una firma inmobiliaria, según la cual se podían construir hasta 3.200 metros cuadrados en la finca. Indicó que la plancheta catastral que suministra el Gobierno de la Ciudad fue librada sin restricciones para la modificación, demolición o construcción.

Agregó que el anterior propietario y trasmitente había ingresado ante la administración el plano de demolición de la finca y proyecto de obra nueva. Una vez presentada la autorización para demoler se había firmado la escritura de venta del inmueble. Aprobados los planos y escriturada la transferencia de dominio se continuó con la ejecución iniciada por la empresa demoledora. Tras ello, personal de la Ciudad, en cumplimiento de una orden judicial, clausuró la obra.

Hizo saber que el proceso de protección del inmueble resultaba imposible ya que nada queda de la anterior construcción, restando solo escombros.

La Defensoría de la Ciudad denunció, ante esta situación, el incumplimiento de la medida cautelar y solicitó el pase de los antecedentes a la justicia penal, por la configuración del delito de desobediencia. Al contestar la presentación de la empresa privada y atenta la demolición de la “Casa Millán” requirió que se estableciera una suma resarcitoria en carácter de daño moral colectivo, cuya fijación dejaba en manos del juez y con destino a la Comisión de Patrimonio Histórico de la Ciudad para el mantenimiento de obras y objetos de esa naturaleza.

La justicia nacional en lo Civil se declaró incompetente y pasaron los autos a conocimiento del juzgado contencioso administrativo y tributario n° 2 de la CABA.

Practicada una inspección ocular en el lugar se constató que lo único subsistente era la puerta de acceso original, deteriorada y sin picaporte o pasador, con cerradura cerrada y umbral de mármol.

Tras la disposición del tribunal, la Defensora del Pueblo enderezó su pretensión contra la compradora del inmueble, la que conocía la existencia de derechos de carácter



público sobre la finca ya que había iniciado un juicio de nulidad de acto jurídico y daños y perjuicios contra la vendedora del bien. Hizo responsables de la demolición a dichas partes y a los funcionarios de la administración local intervinientes.

La empresa compradora se opuso a la pretensión resarcitoria pues sostuvo que ello implicaba variar el objeto de la litis. Indicó que nunca había sido notificada de la medida cautelar, que se había obtenido el plazo de demolición autorizado antes de escriturar, presentado por los anteriores propietarios del bien y que, por tanto, el daño moral colectivo era inexistente.

Para defender su actitud manifestó que, ante el tardío conocimiento de que el inmueble adquirido podría estar afectado por la reforma del Código de Planeamiento Urbano, pidió una medida cautelar ante el fuero civil de la Capital Federal tendiente a obtener la suspensión de la fecha para escriturar, hasta tanto entrara en vigencia el nuevo código, por considerar que el boleto de compraventa había mutado. Aclaró que tanto el juzgado de primera instancia como la cámara de apelaciones denegaron la medida por no encontrarse aún en vigencia la reforma del código.

El tribunal local en lo contencioso administrativo consideró abstracta la medida cautelar ante la demolición del bien y continuó con el proceso resarcitorio.

Uno de los anteriores propietarios del inmueble, quien fuera citado como tercero por la empresa adquirente, explicó que una de las condiciones negociadas para la venta era que en su carácter de propietario presentara el plano de demolición total de la casa, lo que efectivamente cumplió.

Como antecedente a evaluar, debe reconocerse que la justicia penal desvinculó a los funcionarios que habían intervenido en la aprobación del plano de demolición de todo reproche por cuanto estos no habían sido notificados personalmente de la medida cautelar oportunamente dictada y notificada al Gobierno de la Ciudad.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El tribunal de primera instancia consideró que la Defensoría del Pueblo de la Ciudad poseía legitimación para actuar sobre la base de lo dispuesto en los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional y los artículos 14, 26 y 27 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Recordó que la protección y promoción del patrimonio histórico y cultural de los pueblos encuadraba dentro de los llamados nuevos derechos de incidencia colectiva, tutelados en nuestra Ley Fundamental. Tras elaborar y describir la noción de Patrimonio Histórico, se explayó sobre la tutela jurídica que recibe, lo que se traduce en la sanción



ejemplar que debe abatirse sobre la acción ilegal que lo destruye y la necesidad de mitigar la lesión con el producto de una reparación económica.

Consideró responsable a la empresa adquirente del inmueble que llevó a cabo la demolición por el conocimiento que tenía de la relevancia histórica del inmueble abatido, pues aun cuando no hubiera tomado conocimiento de la medida judicial de no innovar, la circunstancia de especializarse en la construcción no le permitía desconocer la importancia histórico cultural de la edificación y transformaba su accionar en una conducta negligente.

En cuanto al accionar del Gobierno local, estimó que fue al menos desprolijo y negligente, con grave violación de las normas constitucionales de la Nación y de la Ciudad Autónoma.

Tras admitir la relación de causalidad entre la conducta de las demandadas y el daño infligido a los vecinos de la Ciudad y, en especial, a los vecinos del Barrio de Flores, entendió que el perjuicio no era solo susceptible de una reparación económica, advirtiendo que la supresión de los aspectos histórico-culturales de la Ciudad, el desgarramiento en el mundo afectivo que produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial y extramatrimonial, por lo que debe mensurarse la incidencia colectiva del daño causado.

Por todas esas razones, condenó a la empresa adquirente de la propiedad del inmueble a abonar \$ 1.000.000.- a favor de la demandante, destinados a ser afectados a la defensa del patrimonio cultural de sus representados. Asimismo, le ordenó la colocación de una placa conmemorativa en el lugar donde se encontraba la “Casa Millán”, la que debía contener la fecha en que fue edificada, el nombre de quien fue su propietario y demás reseñas histórico-culturales relevantes, las que debían contar con el acuerdo de la actora.

Al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires lo condenó a afectar del rubro “ceremonial” del presupuesto asignado a la Jefatura de Gobierno la suma de \$ 1.000.000.- con destino a la preservación, recuperación y difusión del patrimonio cultural, por medio de un programa a llevar a cabo por la Comisión de Patrimonio Histórico de la Ciudad. Además, esta parte demandada debía conservar y exponer la puerta de la “Casa Millán” en una plaza pública del barrio al que perteneció la edificación, haciendo difusión de la historia cultural que envolvió a la finca, salvaguardando la memoria y su conocimiento para las futuras generaciones.

La afectación de la suma de condena debía utilizarse por el Gobierno local en la ejecución de un proyecto que debía presentarse al tribunal con el acuerdo de la parte actora, que contemple todos los aspectos decididos asegurando el cumplimiento de las obligaciones constitucionales impuestas al Estado para la protección del patrimonio cultural de la ciudad.



IV. SENTENCIA DE LA CÁMARA DE APELACIONES

Apelaron la sentencia ambas partes demandadas. La sentencia de la cámara de apelaciones nos muestra el prolijo razonamiento de los tres integrantes de la Sala, quienes emitieron un voto singular cada uno, precedidos sus argumentos decisorios por un exhaustivo examen de los hechos que precedieron y acompañaron el trámite del proceso.

En primer lugar, se expidió el Dr. Russo, el cual quedó en disidencia. Aclaró el magistrado que la pretensión original de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires fue la protección del inmueble de la Avenida J. B. Alberdi 2476; pretensión que luego fue alterada por la demolición del bien, transformándose en una solicitud de resarcimiento por daño moral colectivo.

Consideró admisible en el caso la transformación por la tácita aceptación producida por las codemandadas.

Pasó, luego, a considerar el contenido de la sentencia del inferior para concluir en su arbitrariedad, ya que no se desprende de sus considerandos el fundamento que llevó al magistrado a cuantificar el daño aceptado y pretendido por la actora. Se explayó acerca de la necesidad de que las sentencias cuenten con una debida fundamentación, concluyendo en la nulidad del decisorio de grado, por violentar principios constitucionalmente establecidos y que responden al engranaje democrático del sistema judicial.

A renglón seguido, analizó el fondo de la cuestión traída al debate, estimando que la pretensión de la actora se encontraba ceñida exclusivamente al resarcimiento por el daño moral colectivo producido por la demolición de la “Casa Millán”.

Examinó la función específica asignada por la Constitución local en el artículo 137 a la Defensoría del Pueblo en cuanto a la protección de los intereses difusos o colectivos, entendiendo razonable su aptitud para reclamar la tutela de finca; pero concluyendo que la competencia atribuida por el ordenamiento constitucional no alcanzaba para solicitar un resarcimiento económico de las características del pretendido en autos.

Debido a estas razones, propuso en minoría declarar nula sentencia de grado y rechazar la demanda indemnizatoria.

El segundo voto de la sentencia corresponde al Dr. Centanaro. En primer lugar, con relación a la cuestión formal entendió que no se había violado el principio de congruencia en la sentencia recurrida. En lo que hace a la cuestión de fondo, estimó que era necesario analizar la legitimación procesal de la actora, la naturaleza jurídica del bien afectado, el valor de la cosa juzgada administrativa frente a una ley de orden público, la vigencia del Código de Planeamiento Urbano, y la responsabilidad de los agentes involucrados en las actuaciones. Todo ello para establecer si corresponde o no el resarcimiento del daño moral colectivo ocasionado.



En cuanto a la legitimación de la Defensoría del Pueblo, consideró que había sido correctamente fundamentada por el juez de grado. Para llegar a esa conclusión repasó los textos constitucionales y legales del ordenamiento ciudadano, así como la opinión de relevante doctrina sobre el *Defensor del Pueblo* y el alcance del art. 43 de la Constitución Nacional. Se afincó, además, en lo que había sostenido como *Controlador Comunal* (antecesor de la Defensoría del Pueblo) ante presentaciones de vecinos de la “Asociación Amigos de la Avda. 9 de Julio” y del “Palacio Alzaga Unzué”.

Afirmó que la “Casa Millán” integraba el patrimonio cultural de la comunidad, sosteniendo su afirmación con la cita de importante doctrina (Dres. Lorenzetti, Morello y Stiglitz). Entendió que debía admitirse el daño colectivo extramatrimonial por la privación del uso, goce y disfrute de los bienes que forman parte del patrimonio histórico y cultura cuya protección ha sido expresa y constitucionalmente consagrada, encontrándose legitimada la actora para accionar como lo hizo.

El bien colectivo a proteger se encontraba protegido legalmente por la entrada en vigencia del Código de Planeamiento Urbano, hecho producido el 8 de noviembre de 2000, el mismo día en que el Gobierno de la Ciudad había autorizado su demolición.

Recordó haber sostenido en pronunciamiento que cita que la estabilidad o irrevocabilidad en sede administrativa es la regla principal que se aplica para el acto que ha generado derechos subjetivos; dando origen a la institución denominada “cosa juzgada administrativa”, explayándose sobre dicha figura y sus diferencias con la cosa juzgada judicial. Concluye el punto destacando que esa característica no puede ser invocada frente a una ley que tiene carácter de orden público.

Trajo a colación la existencia de una medida de no innovar sobre el inmueble de la que había sido notificado el Gobierno de la Ciudad, pese a lo cual fue desobedecida, habiendo incumplido con la manda judicial.

Con relación a la acción penal por desobediencia seguida contra los funcionarios locales que fueron absueltos, entiende –con cita doctrinaria y jurisprudencia abundante– que este resultado no impide la condena resarcitoria; ya que la absolución en sede penal se funda en la falta de culpabilidad del imputado, habiendo sido investigado un delito doloso, y en sede civil existen supuestos de culpa presunta y de responsabilidades sin culpa.

La demolición autorizada por la administración impidió que se pudiera efectivizar la catalogación del bien, dejó sin contenido a la protección legal aprobada y vigente, por lo que la conducta del Estado demandado es merecedora de sanción.

Tras enunciar características propias del ordenamiento civil y su correlación con el derecho administrativo, fundó la responsabilidad del Estado (sea nacional, provincial o



municipal en la disposición contenida en los artículos 43 y 1113 del Código Civil entonces vigente).

En lo que hace a la responsabilidad del ente público, hizo mérito de que el otorgamiento de un permiso de demolición, encontrándose vigente el código que salvaguardaba a la “Casa Millán” como área de protección histórica implicaba para la administración el incumplimiento de dicha normativa, la que importaba su prohibición aun cuando el inmueble careciera de catalogación, puesto que el art. 7.5.2 impide dar curso a solicitudes de demolición de edificios incluidos como propuesta o en forma definitiva en el respectivo catálogo.

En cuanto a la responsabilidad de la empresa constructora adquirente del inmueble concluyó en que dispuso la demolición cuando se encontraba vigente el tantas veces citado Código de Planeamiento Urbano.

Reiteró que la autorización para demoler fue otorgada por pedido expreso de la citada empresa a sus anteriores propietarios y como requisito previo a la suscripción de la escritura traslativa de dominio, por lo que no puede invocar ignorancia o error de derecho.

Como corolario, propuso confirmar la sentencia recurrida en lo principal que decide, reduciendo el monto del daño moral colectivo a cargo del Gobierno de la Ciudad a la suma de \$ 550.000.- por las notorias dificultades para cuantificarlo ya que la demolición del inmueble impidió su catalogación; y a \$ 500.000.- el que debe afrontar la empresa propietaria del inmueble.

En tercer lugar, votó la Dra. Daniele, fundando ampliamente su decisión, por lo que me eximiré de hacer un relato profundo de sus razones, limitándome al enunciado de sus motivaciones principales.

En primer lugar, desechó el agravio del Gobierno de la Ciudad según el cual la sentencia del inferior sería *extra petita*, dado que en la anterior instancia guardó silencio al respecto. En lo que respecta a la empresa codemandada, ningún agravio advierte sobre el particular porque se le corrió traslado de la demanda una vez que la Defensoría introdujo la pretensión resarcitoria.

En cuanto a la queja de los apelantes acerca de la falta de legitimación de la Defensora del Pueblo, la magistrada remite a los argumentos desestimatorios expuestos por el Dr. Centanaro, sin perjuicios de agregar ciertas apreciaciones en torno a la irrupción de los nuevos “derechos sociales” y su impacto en las estructuras jurídicas del derecho privado.

El desequilibrio en la distribución del poder y la presencia de daños que exceden una lesión subjetiva, abarcando a grupos de sujetos, bien sea en su individualidad o como un grupo inescindible, ha sido un fenómeno abordado por la jurisprudencia que la magistrada cita, así como la enseñanza de la doctrina al respecto de los “intereses difusos”. La



innovación producida en la estructura tradicional recibió reconocimiento constitucional en la reforma de 1994 (arts. 41, 42, 43 y 86) y también en la Constitución local (arts. 129 y 10).

Entendió que los sistemas institucionales actuales procuran –ante la crisis de base de la democracia indirecta– superar la tradicional trilogía de poderes-funciones estatales descentralizando entre diversos actores sociales funciones específicas de autogestión y control.

La cuestión debatida en autos remite al patrimonio histórico de la Ciudad, materia que se enrola dentro de los derechos de incidencia colectiva, o derecho colectivo, concepto en cuya definición sigue la doctrina de Lorenzetti.

Este derecho corresponde a los habitantes de la Ciudad en virtud de lo establecido en el art. 41 de la Constitución Nacional, que obliga a las autoridades a proteger el “patrimonio natural y cultural”, y lo dispuesto en el art. 10 de la Constitución de la Ciudad; criterio refrendado por los arts. 27, inc. 2 y 32 de la ley suprema local.

No dejó la jueza de citar un precedente, por lo novedoso y singular, en el que se condenó por daño moral colectivo (“Municipalidad de Tandil c/Transporte Automotores La Estrella S.A. y otro; CCyCom. Azul, Sala II, 22/10/1996”).

Finalmente cierra sus consideraciones recordando expresamente la competencia atribuida por el art. 137 de la Constitución de la Ciudad a la Defensoría del Pueblo.

Al ir sobre los aspectos sustantivos involucrados, dejó claramente establecido –sobre la base de la prueba colectada que señala– que la destrucción de la “Casa Millán” fue llevada a cabo el 23/11/2000, el día inmediato posterior a la firma de la escritura traslativa de dominio, por lo que es imputable a la empresa adquirente.

A partir de esta premisa, comenzó el examen de la responsabilidad de las partes. A tal fin trajo a colación lo expuesto por doctrina de derecho comparado acerca del patrimonio histórico-artístico, y desarrolló nociones sustanciales de la responsabilidad del Estado y la existencia de un daño cierto y resarcible, concluyendo el tópico en que se encontraba acreditado un daño que guarda relación de causalidad adecuada con las conductas y omisiones de las demandadas, constituyendo la falta de servicio el factor de atribución en el caso del Estado, al que asigna el carácter subjetivo, y en el caso de la empresa demandada, en la noción de culpabilidad.

No advierto si se trata de un error de transcripción, pero para el supuesto de que el texto que tuve a la vista sea el correcto, me permito disentir (es el único argumento de este pronunciamiento con el que no comulgo) acerca del carácter “subjetivo” de la responsabilidad estatal, ya que de la jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso “Vadell” (Fallos 306:2030) –citado en el voto– hasta nuestros días, la doctrina jurisprudencial y la administrativista, en su mayoría, se inclinan por el carácter “objetivo” de este factor de



atribución de la responsabilidad estatal generada por la actividad ilícita. Criterio que ha sido recientemente ratificado por el legislador nacional en el art. 3 de la ley general de responsabilidad 26.944.

Retorno al voto de la Dra. Daniele. Consideró inadmisibles los agravios de la empresa propietaria del inmueble respecto a que el Código de Planeamiento Urbano no estaba vigente y que la indicación de que debía ser catalogado hacía que la finca no integrara el patrimonio de la Ciudad hasta tanto las áreas especializadas del Gobierno determinaran su valor arquitectónico e histórico.

Ello es así por cuanto al momento en que se expidió el plano de demolición (8/11/2000) el código se encontraba en vigencia y, con mayor razón, a la fecha de la demolición (23/11/2000). La circunstancia de que el edificio no hubiera sido catalogado carece de relevancia a poco que se repare en la sección 10.3.3 del anexo del código, en la que se ordena que una vez dictado un acto administrativo o *sancionada una norma que tienda a la elaboración de un catálogo para un distrito determinado*, o frente a una modificación preventiva del Catálogo o inclusión de un bien en el mismo, la Dirección *deberá denegar cualquier pedido de obra o demolición que se le someta*, hasta tanto se resuelva la incorporación firme de edificios al Catálogo en cuestión. Disposición ratificada por la contenida en la sección 5.4.12, ap. 7.5.2 y abonada con lo resuelto en ese sentido por el propio tribunal en el amparo “Cabello, Pablo y otro c/GCBA” (expte. N° 17787/0).

Concluyó en que el permiso de demolición fue otorgado en flagrante oposición al ordenamiento urbanístico y, por tanto, constituye un acto irregular. Sustentada la dicente en razones vinculadas con la responsabilidad por los actos ilícitos y su inexcusabilidad frente a la ignorancia de las leyes, en especial en las condiciones particulares de autos, entendió que cabía imputar responsabilidad a la empresa adquirente por la ejecución de lo dispuesto en un acto administrativo írrito. Ello por cuanto de la detenida lectura de la causa surge que la constructora tenía pleno conocimiento de lo que disponía el Código de Planeamiento en punto a la “Casa Millán”, y por tanto el acto que otorgó la administración posibilitando la demolición de la finca no la exime de responsabilidad.

Desechó también la magistrada la interpretación tendenciosa de la apelante particular que niega los valores arquitectónicos de la finca demolida, ya que las consideraciones que citó de la Comisión para la Preservación del Patrimonio Histórico no estuvieron referidas al inmueble original edificado sino a algunas de sus partes desmembradas (por ejemplo, la puerta que sobrevivió a la piqueta).

Por las razones expuestas, tanto la conducta administrativa como el gravemente negligente accionar de la empresa privada generaron un perjuicio ilegítimo en el patrimonio histórico de la Ciudad, lo que les impone el deber de responder. Luego pasa la magistrada a formular una profunda reflexión sobre la participación ciudadana, el rol del Estado y la protección del Patrimonio Histórico; tras lo cual afirma que no se



ha discutido en autos la ocurrencia de un “daño moral colectivo”, sin perjuicio de lo cual aborda la figura con sustento en esclarecida doctrina y jurisprudencia nacional ya identificada.

Para evaluar su justa apreciación señala que hay que tomar en cuenta la entidad y gravedad de la lesión y los aspectos histórico-culturales de los que fue privada la comunidad por la conducta irregular de la propietaria y de la administración, quedando reservado su justiprecio a la prudencia y razonabilidad del sentenciante.

La decisión halla su punto de certeza y justicia cuando se aprecian con rigor las circunstancias fácticas involucradas y su proyección social, argumento que le permite incursionar en la historia del inmueble y en la cita de las “maniobras” previas y posteriores que produjeron la aflicción de los vecinos, lo que constituye a su juicio un hecho notorio.

Para expresar la dimensión concreta de los intereses involucrados, trajo a colación la inversión que llevó adelante la empresa codemandada; pues de este modo el monto de condena se presenta como el modo de conjugar los intereses comerciales con la protección de los bienes sociales y, de tal manera, disuadir que el auge del comercio inmobiliario se transforme en una causal de daño a la comunidad. En fin, por parecerle prudente y razonable la suma de condena propuesta por el Dr. Centanaro, adhiere a su estimación.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO

V. 1. La preocupación por la preservación arquitectónica

Es un motivo de preocupación actual la preservación de los bienes culturales ya que importa la salvaguardia de valores relevantes que hacen al patrimonio comunitario, en tanto expresiones de la riqueza cultural de una colectividad.

El patrimonio arquitectónico y urbano está constituido por todo aquel rasgo del entorno que posibilite la identificación del individuo con su comunidad, en el doble sentido de continuidad de la cultura común y de construcción de esa misma cultura. Su preservación asegura la vigencia de la memoria histórica de los pueblos, tendiendo toda acción protectora a mejorar la calidad de vida, hoy seriamente amenazada por un irracional proceso de crecimiento urbano.²

Las acciones de preservación se enrolan dentro de una concepción actual de lo que constituye las misiones prioritarias del Estado. De tal modo, se admite la limitación del

2. Conclusiones del Congreso de Preservación del Patrimonio Arquitectónico y Urbanístico Americano. Buenos Aires. 1980. Adviértase la manifestación de la indicada preocupación, ocurrida hace 35 años.



derecho de propiedad particular, a fin de poner los bienes al servicio amplio de la cultura como posibilidad humana de superación y perfeccionamiento.

La política de gobierno en materia de cultura debe partir de una concepción del desarrollo cultural nacional íntimamente vinculado con la calidad de vida de la población. Es menester –como ha sido reconocido en los instrumentos internacionales que hoy enriquecen los derechos y garantías constitucionales³ que el derecho a la cultura es un derecho humano fundamental. Los pueblos perviven y progresan en torno a la identidad cultural común.

Por ende, entre las funciones capitales de la política cultural se enrolan la protección, conservación, refuncionalización y puesta en valor de los bienes inmuebles que integran el patrimonio arquitectónico, entendido en un sentido amplio, comprensivo de los conjuntos, ciudades y barrios históricos, del paisaje urbano y rural, así como de los bienes históricos y monumentales.

El patrimonio arquitectónico urbano, como parte del patrimonio cultural de una ciudad, es testimonio de su pasado. Por lo tanto, debe ser objeto de preservación histórica, mediante la protección jurídica institucional. Representa un valor económico, como marco del turismo cultural y, también, integra el panorama urbano, vinculado al cuadro de vida cotidiano de la población.⁴

La conservación debe ser entendida como un objetivo primordial del planeamiento urbano y rural, el que constituye el marco pertinente en orden a compatibilidad el crecimiento ordenado de los núcleos urbanos, con una revalorización simultánea de los edificios y centros históricos de las ciudades con un criterio funcional y de jerarquización cultural y económica.⁵

El concepto fue aceptado en nuestro país, a punto tal que se refleja en distintas iniciativas parlamentarias en materia de uso del suelo, vivienda y ordenación territorial, refundidas en un proyecto de ley de creación del Sistema Nacional de Planeamiento del Desarrollo Urbano, que lo sujeta a principios fundamentales, entre los cuales cita el de “contribuir a la preservación y mejoramiento del medio ambiente y de las áreas y sitios de interés histórico cultural, como asimismo a la conservación y puesta en valor del acervo arquitectónico del país” (art. 3, inc. i).

3. Art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

4. Harvey, Edwin R., *La protección del patrimonio arquitectónico urbano (aspectos de política, financiamiento y legislación cultural comparada)*, inédito, Buenos Aires, 1980.

5. Recomendación, ya en 1975, inserta en la Declaración de Ámsterdam, en el Congreso sobre el Patrimonio Arquitectónico Europeo.



V. 2. La propiedad inmobiliaria y el urbanismo

Las etapas que ha surcado el desarrollo del ordenamiento urbano y territorial son, al menos, tres. En un primer momento, durante el embrionario crecimiento de los asentamientos humanos, la propiedad inmueble se instaló en forma absoluta e irrestricta; la ubicación de los edificios y los medios de construcción no estaban sujetos a norma alguna, dando origen a aldeas desordenadas.⁶

Las primeras normas urbanísticas que se dictan para la ciudad moderna, en Europa, datan del siglo XVI, configurando tímidamente un conjunto de limitaciones a que se sometía la edificación. Las primeras consistían en *alineaciones*, vale decir, el establecimiento de una línea que limita las zonas edificables de las no edificables. La alineación define en consecuencia las calles, las plazas, las parcelas interiores, el recinto mismo de la ciudad. Es la técnica más elemental del urbanismo.

Paulatinamente, se fue engrosando la normativa urbanística mediante la técnica policial de la *coacción negativa*: el establecimiento de prohibiciones para tutelar el interés público en materia de seguridad, higiene y salubridad. Regulan las relaciones de vecindad entre los propietarios urbanos, estableciendo reglas respecto de medianería, vertidos, distancias mínimas, luces, vistas; a la vez que imponen criterios instructivos, exigencias de seguridad y determinan normas de higiene y sanitarias.

Con la explosión urbanística del siglo XIX, acrecentada en el siguiente, las técnicas de regulación urbana cambian radicalmente. Se recurre a la *coacción positiva*; a la delimitación del derecho de propiedad urbana a través del plan de ordenación territorial, concretado en nuestras modernas ciudades por los códigos o leyes de planeamiento y de edificación.

Estas normas regulan exhaustivamente, por una parte, todos los aspectos constructivos: tipos de edificios, metrajés mínimos y máximos para cada ambiente, servicios y maquinarias que deben instalarse en casas y departamentos. Por la otra, se establecen según los distritos en que se zonifica la ciudad las normas de tejido urbano, la densidad habitacional, los espacios verdes, los retiros de edificación, la parcelación de las tierras y los usos admisibles para cada tipo constructivo, según su inserción en uno u otro de los diferentes distritos.

El urbanismo se manifiesta como un fenómeno esencialmente regulatorio del crecimiento urbano, lo que impone ciertos métodos de actuación de la autoridad estatal, enmarcados dentro del derecho público.

Las regulaciones urbanísticas se expresan en una serie de normas jurídicas que guardan coherencia y singularidad frente a las restantes disposiciones del ordenamiento

6. La evolución puede seguirse con provecho en: Chueca Gotilla, Fernando, *Breve historia del urbanismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1980.



jurídico. Estamos en presencia del *Derecho Urbanístico*, como rama especial del derecho administrativo.⁷

La actuación del Estado en lo que hace al ordenamiento urbanístico hoy está concebida como una función pública.⁸ La Administración ha dejado su primigenia función de encauzamiento de la actividad del particular, para convertirse en el actor principal de la ordenación urbanística. Las nuevas normas –como atribución positiva, *delimitadora*– operan definiendo el contenido normal de la propiedad. En nuestro medio, configuran una serie de limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad de los fundos urbanos.

V. 3. Evolución de la protección legal del patrimonio arquitectónico urbano

En lo que respecta a la protección del patrimonio arquitectónico urbano se pueden distinguir dos técnicas principales, adoptadas por la regulación urbanística: la protección puntual y la protección zonal.

La *puntual* persigue la identificación singular de los edificios protegidos, a los que se vincula mediante la ley a una serie de cargas y beneficios derivados del ordenamiento especial.

Se escoge para proteger al edificio aislado, aquel que tiene méritos singulares o en razón de los acontecimientos épicos que allí se han producido (por ejemplo, la normativa nacional referida a Monumentos y Lugares Históricos, implementada por la ley 12.665).

Dentro de esta técnica también es dable encontrar una motivación estética en la preservación. Se escoge la construcción y se la protege especialmente atendiendo a sus relevantes condiciones en materia arquitectónica o paisajística.

La segunda técnica –más moderna– atiende a la protección zonal. Persigue la preservación de todo un centro histórico, una zona de la ciudad más o menos extensa, que tenga rasgos definidos y singulares, en la que no interesa tanto el edificio aislado como el conjunto, integrante de un museo dinámico y vital de la urbe.

Como ha señalado la doctrina, hoy el esquema de la conservación se orienta a una protección amplia, comprensiva no solamente de los monumentos y sitios aislados y de su entorno, sino de una herencia arquitectural hecha de elementos que, aunque de diferente valor cultural, histórico o artístico, forman no obstante un centro o zona, un todo homogéneo que debe ser protegido como tal.⁹

7. González Pérez, Jesús, “Principios Generales del Derecho Urbanístico”, *Revista Régimen de la Administración Pública*, n° 92, pp. 38 y 39.

8. González Pérez, Jesús, *Comentarios a la Ley del Suelo*, t. I, Ed. Civitas, 4ª ed., Madrid, 1981, p. 106; García de Enterría, Eduardo y Parejo Alfonso, Luciano, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 1981, p. 97 y ss.; Parejo Alfonso, Luciano, *Derecho Urbanístico. Instituciones Básicas*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1986, p. 229.

9. Harvey, ob. cit., p. 8.



Por otra parte, se advierte una ampliación en los objetivos perseguidos por la protección arquitectónica. El legislador no solo debe atender a la conservación y restauración de los edificios y monumentos protegidos, sino que debe integrar los edificios, sitios y conjuntos edilicios en el marco de vida cotidiano, asignándoles un destino novedoso, rehabilitándoles en sus funciones. No se trata de mantener museos arquitectónicos inertes sino testimonios vitales y funcionales del pasado edificio.¹⁰

Esta ampliación de la base de protección exigió correlativamente nuevos instrumentos legislativos y administrativos para plasmar las técnicas tutelares en el ordenamiento jurídico.

V. 4. Regímenes de protección de la propiedad monumental

a) Francia fue uno de los países pioneros en esta materia, a través de la ley del 31 de diciembre de 1913 y su decreto reglamentario del 18 de marzo de 1924. Una ley posterior, del 2 de mayo de 1930, reorganizó institucionalmente toda la materia de protección histórica y amplió el régimen, incluyendo la preservación de los monumentos naturales y de los sitios.

Los inmuebles son vinculados mediante dos tipos de medidas: la inscripción (*inventaire*) y la clasificación (*classement*). Los ejemplares que presentan un interés histórico y artístico suficiente como para justificar su preservación son inscritos en el inventario. Esta decisión de la autoridad de aplicación no requiere el acuerdo o aceptación del propietario. Le otorga simplemente a la administración un derecho de resguardo sobre el inmueble, que se sustenta en la obligación del dueño de informarle, mediante un preaviso de 4 meses, acerca de cualquier modificación proyectada en el edificio.

Si la administración acepta o guarda silencio, el propietario queda en libertad de disponer los trabajos proyectados sobre el inmueble inscripto. Se ha previsto una ayuda financiera del Estado que puede llegar a un máximo del 40% del monto total de las obras.¹¹

Si la administración se opone al proyecto de reformas o el inmueble es digno de un mayor grado de protección puede convenir con el propietario su clasificación. Si no se logra el acuerdo, puede imponerse la categoría de *inmueble classé* por decisión unilateral del Estado. Para evitar daños irreparables al edificio durante el procedimiento de clasificación, la ley prevé una clasificación provisoria por el término de 1 año, contado a partir de la notificación en la que la administración le comunica al propietario su intención de promover la afectación del inmueble.

10. Recomendación de la Declaración de Ámsterdam, 1975, ya citada.

11. La asistencia se completa con créditos especiales a los propietarios privados, quienes representan el 56% de los edificios inscritos en el inventario, ascendiendo a más de 32.000 los inmuebles protegidos, hasta 1980.



Dispuesta la clasificación (la que puede ser impugnada), queda prohibida la destrucción o modificación sin autorización ministerial y debe denunciarse toda venta o transmisión a cualquier título. La administración puede ejecutar compulsivamente trabajos de conservación por medio de los servicios técnicos oficiales, tras una intimación incumplida por el propietario. Si este, tras ser intimado, abandona el edificio, puede ser expropiado.

Si una vez notificado del acto de clasificación el propietario experimenta un perjuicio directo, material y cierto, puede reclamar una indemnización dentro de los 6 meses y, a falta de acuerdo, la reparación será fijada en juicio expropiatorio.

El propietario cuenta con la ayuda del Estado para solventar los trabajos de mantenimiento. Las obras son controladas por arquitectos especializados en preservación, empleados por el Estado. Los trabajos y su financiación son deducibles de los impuestos a los réditos. El Estado asume el 50% del costo total de los trabajos de conservación, otro 25% es solventado por organismos locales, quedando el resto a cargo del propietario.

El alcance de la protección se extiende a los inmuebles vecinos al monumento, hasta un radio de 500 metros a la redonda y siempre que el inmueble protegido sea visible desde el monumento histórico, o sea, visible al mismo tiempo que este.

b) Una legislación protectora análoga comenzó a regir en Italia mediante la ley 1089, del 1° de junio de 1939, que impuso un vínculo al edificio protegido como monumento histórico o artístico con similares limitaciones a las previstas en el caso francés.

Esa legislación no solo referida a los monumentos históricos sino extendida a los centros históricos fue reafirmada por la ley urbanística de 1942 y la ley puente de 1967.

La doctrina italiana ha avanzado en lo que hace a la tutela de los bienes culturales. Cuando estos se encuentran en mano de particulares se ha optado por rebasar la noción tradicional de limitación administrativa, propia de la ley de 1939, para acoger el concepto de bien cultural como bien de disfrute. Ello supone que el derecho de propiedad sobre tales bienes está acompañado por una función cultural que le es ínsita, determinando derechos originalmente limitados, de modo que la administración puede establecer a través del vínculo a que está sometido obligaciones de hacer que imponen al propietario la responsabilidad de la custodia, conservación y manutención del bien.

Así como se aseguran para la administración amplias facultades de inspección y control, se propone reglamentar rigurosamente el goce o disfrute de estos bienes culturales, imponiéndose obligaciones de hacer, como la admisión obligada de público de visita en los inmuebles privados clasificados.



Los proyectos de restauración y mantenimiento están sujetos a la superintendencia de los organismos de aplicación, los que pueden intervenir por razones de urgencia y suspender las obras.

Se prevén una serie de incentivos para los propietarios, como préstamos, contribuciones del Estado y exención de impuestos. Se contempla el pago de una indemnización solo en los supuestos de prohibición absoluta de construir, en áreas consideradas como edificables. El propietario puede obtener la reducción de la valuación del predio a los fines fiscales si el vínculo impuesto ha disminuido la rentabilidad del bien.

El profesor Giannini es quien en 1976, con un trabajo titulado *I beni culturali* sentó la tesis de la *propiedad dividida*, convirtiéndose en el precursor de la novedosa elaboración doctrinal.¹²

c) En España, la ley del Patrimonio Artístico Nacional de 1933 estableció un régimen de conservación e inalterabilidad del estado de los monumentos o conjuntos histórico-artísticos, compuestos por una o varias fincas, a partir de su declaración por la autoridad.

La riqueza monumental, una vez clasificada, se estabiliza mediante la prohibición de demoler, el deber de consolidación y conservación y la carga para el propietario de requerir la aprobación previa de los proyectos de obras. Si el propietario hace uso indebido del bien, o existe peligro de destrucción y deterioro, o no se ejecutan las obras necesarias, se puede expropiar. Superada la era dictatorial, la Constitución de 1978 garantiza la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico y de los bienes que lo integran, cualquiera sea su régimen jurídico y su titularidad (art. 46).

La ley del 25 de junio de 1985, denominada del Patrimonio Histórico Español, refleja la protección legislativa del patrimonio cultural concebido de un modo amplio, pues está integrada por los bienes de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico (art. 1.2).

Los inmuebles sujetos a protección por la ley y sobre la base del imperativo constitucional son vinculados a través de medidas de policía administrativa y de fomento. Estas últimas no solo persiguen la finalidad de estimular el cumplimiento de los deberes impuestos por la legislación sino también compensar las limitaciones que de ella derivan (art. 69).

d) En Brasil se establecieron medidas de protección y limitación de uso de los monumentos de valor histórico o artístico, a través de la ley de *Tombamento* de 1937. Como ley de protección del patrimonio, según la doctrina, comenzó por preservar el patrimonio

12. Barbero Rodríguez, Concepción, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, p. 323 y ss.



de la lengua, ya que *tombamento* es una expresión del viejo derecho portugués, que significa inventariar o inscribir. Proviene de la costumbre del Reino de Portugal de inscribir en los archivos, que se guardaban en la Torre del Tombo.

La inscripción de un bien –que debe ser homologada por el ministerio del área– ocasiona para su propietario la imposibilidad de demolerlo, destruirlo o mutilarlo. Tampoco puede, sin la autorización del Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional reparar el inmueble, pintarlo o restaurarlo, so pena de ser multado con el 50% del daño causado. Toda intervención que apunte al deterioro o destrucción de bienes de valor cultural es penada por el código represivo con prisión o multa.

Las limitaciones que trae aparejada la inscripción no obligan a indemnizar al propietario, salvo que las condiciones de conservación le acarrearán gastos extraordinarios, en cuyo caso deberán ser soportados por la Administración, o dará lugar excepcionalmente a su expropiación.

La protección alcanza a los inmuebles vecinos, en los que no se pueden hacer construcciones que impidan o reduzcan la visibilidad del monumento, ni colocar anuncios o carteles, o efectuar construcciones que modifiquen el ambiente o paisaje del entorno.

Los Estados y los Municipios pueden secundar al gobierno federal en su acción, dentro de sus límites territoriales, mediante acuerdo con el gobierno central o por sí mismos, conforme al ejercicio de su autonomía constitucional, protegiendo los inmuebles dignos de defensa por el poder público.

En la ley 7.347, de 1985, que tiene raíz en la propia Constitución, se regula la acción popular de responsabilidad por los daños causados a los bienes de valor artístico, estético e histórico, legitimando para accionar de un modo muy amplio a los que se interesen por el mantenimiento de la legitimidad en materia de preservación.

e) En lo que hace a la Argentina, la superintendencia sobre los monumentos y lugares históricos es una facultad compartida entre la Nación y las provincias, que puede extenderse a los municipios, si la extensión de su autonomía así lo permite.

La ley 12.665 de 1940, con modificaciones –algunas muy recientes–, regula las atribuciones de la Comisión Nacional de Museos, de Lugares y de Bienes Históricos, la cual ejerce la superintendencia inmediata sobre los monumentos, lugares y bienes históricos nacionales, así como los demás bienes protegidos en los términos de dicha ley. Actúa en concurrencia con las respectivas autoridades locales, cuando se trate de monumentos, lugares y bienes del dominio provincial o municipal.

Es la autoridad que propone al Poder ejecutivo nacional la declaración del bien protegido e indica el perímetro del área protegida según las clases que se indican en la norma.



Entre sus muchas atribuciones, me parece oportuno destacar que establece las áreas de amortiguación en el entorno de los monumentos, coordinando con la autoridad local las restricciones urbanísticas que correspondan. Asimismo, fija los alcances y límites de la protección inherente a cada declaratoria.

Le corresponde recomendar al Poder Ejecutivo que impulse ante el Congreso Nacional la declaración de utilidad pública de los inmuebles que lo ameriten; debiendo llevar un registro de los bienes protegidos según su clase.

El artículo 4 de la ley –reformado en 2015– pone de manifiesto la amplitud con que hoy en día se encara la protección de aquellos bienes dignos de integrar el patrimonio nacional. Se prevén 13 tipos diferentes de bienes protegidos. Los que poseen valor histórico pueden ser monumentos, lugares, poblados, áreas urbanas o un bien de interés histórico. Esta ampliación sobre el concepto de bien protegido, que del inmueble aislado se extiende hoy a toda un área urbana será examinada en el apartado siguiente.

Se incluyen en el listado de los bienes posibles de ser protegidos: área de amortiguación visual, bien de interés artístico, bien de interés arquitectónico, bien de interés industrial, bien de interés arqueológico, sepulcro histórico, paisaje cultural e itinerario cultural.

En lo que hace a las limitaciones dominiales a que se someten los bienes protegidos, corresponde a la Comisión Nacional intervenir con *carácter previo y vinculante, aprobar o rechazar* y supervisar toda intervención material sobre los bienes protegidos.

Estos no podrán ser vendidos, ni gravados, o enajenados por cualquier título o acto, ni modificado su estatus jurídico, sin la intervención previa de la Comisión Nacional, la que se expedirá mediante un *dictamen vinculante* en 60 días hábiles.

La infracción a la ley que consista en el ocultamiento, omisión, destrucción, alteración, transferencia o gravamen, exportación o cualquier otro acto material o jurídico que recaiga sobre bienes protegidos recibirá una sanción consistente en multa, cuyo valor oscilará entre un mínimo del 10 por ciento y un máximo de tres veces el valor del bien.

Las multas se aplicarán siempre que el hecho no resulte comprendido en el artículo 184, inciso 5 del Código Penal.

Si se alterase total o parcialmente una fachada u otra área de máxima tutela de un edificio declarado monumento histórico nacional, o una parte sustancial de otro bien protegido, el propietario debe restituirlo a su costo en el plazo perentorio que fije la Comisión Nacional. Si lo omite, se le aplicará un multa, a criterio de la Comisión Nacional, por cada día de demora en la reconstrucción.



V. 5. La regulación de las áreas de protección histórica

Ya al examinar las reformas introducidas a la ley 12.665 en 2015 se pudo vislumbrar cómo la técnica de protección puntual de edificios aislados y su entorno ha ido variando y ampliando su regulación a áreas más vastas que constituyen centros urbanos históricos o de valor arquitectónico. Se pretende, además de la tarea conservacionista, respetar en lo posible la funcionalidad original de esas áreas, modernizando las instalaciones vinculadas a estos conjuntos, de manera de amalgamar coherentemente el pasado con el presente y el futuro.

En Francia, la llamada *ley Malraux* autorizó la creación de sectores salvaguardados (*secteurs sauvegardés*) dentro del espacio urbano. Son aquellos que presentan una característica histórica, estética o de naturaleza tal que justifique la conservación, restauración y puesta en valor de todo o parte de un conjunto de inmuebles.

La ley italiana de 1967 considera centro histórico al casco urbano que reviste características históricas, artísticas o de especial valor ambiental, en los cuales no admite la edificación de áreas libres y solo consiente obras de consolidación o restauración que no alteren el volumen.

Bajo la denominación de conjuntos históricos la legislación española prevé la protección de aquellos núcleos o áreas territoriales que, bien por las características de su trama o por la de las edificaciones que lo componen, son significativos en cuanto testimonio de la cultura de un pueblo. La implementación de planes urbanísticos especiales de protección es considerada por la normativa como instrumento capital de la tutela del patrimonio cultural. La declaración de un conjunto histórico determina la obligación del municipio en el que se encuentra de redactar un Plan Especial de Protección del área afectada por la declaración, u otro instrumento de planeamiento que cumpla las exigencias establecidas por la ley.

En el caso francés, se ha incorporado al *Code de l'urbanisme* un capítulo dedicado a las Zonas de Protección del Patrimonio Arquitectónico y Urbano (*Zones de Protection Du Patrimoine Architectural Et Urbain*), conocidas por su sigla ZPPAU.

Se las ha instituido en torno a los monumentos históricos y en los barrios y sitios a ser protegidos o que deban ser puestos en valor por motivos de orden estético o histórico.

Comprenden un perímetro delimitado, una serie de limitaciones dominiales impuestas a los constructores y alientan una descentralización dado que el municipio tiene un poder de co-decisión en la creación de la zona, pudiendo incluso recurrir a la autoridad nacional en caso de desacuerdo con la autoridad de edificación francesa.

El procedimiento de elaboración y aplicación del plan de salvaguardia implica una concertación permanente entre los poderes locales interesados en preservar un barrio o sector de la comuna y la administración central.



La resolución definitiva implica el paso a una segunda etapa de elaboración y aplicación del plan de salvaguardia; el que tiene carácter permanente, es aprobado por el Consejo de Estado y sustituye el plan urbanístico ya existente sobre la zona a proteger. La ejecución de los trabajos previstos en el plan se realiza por perímetros operativos, en los que van realizando paulatinamente las operaciones de restauración inmobiliaria, los trabajos de modernización, demolición, etc., con previo acuerdo del municipio.

En la Argentina, la legislación municipal se anticipó en no pocos casos a la nacional a los efectos de regular la protección del patrimonio histórico y arquitectónico de la urbe.

En la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires se encaró un interesante proyecto de protección histórica a través de la Ordenanza 34.956, modificada luego por la 37.617, que pueden ser consideradas como el antecedente inmediato de las normas de protección insertas en el Código de Planeamiento Urbano y que fueron motivo de consideración en las sentencias del caso bajo comentario.

Se previó, en primer término, un Distrito de Urbanización Especial (U24), que abarcaba el área ocupada por los antiguos barrios de Catedral al Sur, San Telmo y Avda. de Mayo. Se caracterizó el área como ámbito de preservación y salvaguardia de valores arquitectónicos, históricos y culturales que constituyen testimonios de la creatividad edilicia desarrollada en las sucesivas etapas de la vida de la ciudad, manteniendo y acentuando el clima existente.

Ya no se trata de uno o de varios edificios en singular, sino que se pretende proteger un barrio que constituye una suerte de museo a cielo abierto, ya que alberga en sus inmuebles testimonios importantes de las distintas corrientes y propuestas arquitectónicas que se sucedieron en los últimos siglos de edificación de la ciudad.

Para continuar con el diagrama original de las Leyes de Indias se dispuso mantener la estructura catastral existente, prohibiendo subdivisiones y englobamientos, conservándose el ancho de calles y veredas.

Se preservó el paisaje edilicio existente, caracterizado por el predominio de edificaciones de orden continuo, permitiendo únicamente construcciones nuevas que tengan fachadas sobre la línea municipal y de medianera a medianera.

Toda nueva edificación debía armonizar plásticamente con los linderos existentes e integrarse con las características arquitectónicas predominantes en la cuadra o manzana, sin que ello implique subordinación a ningún estilo determinado.

La norma tendía a conservar fachadas, patios y habitaciones principales con auténtico carácter de época. No se permitían construcciones que traten de imitar estilos, y se vedaba cualquier veleidad escenográfica, ya que no coincide con el espíritu de preservación y restitución del genuino patrimonio edilicio.



El control del cumplimiento de estas reglas estaba reservado a una comisión técnica que debía intervenir obligatoriamente en cualquier trámite referido a una autorización para construir en la zona. Tal comisión estaba encargada de determinar el grado de conservación exigido para cada uno de los edificios a proteger.

Ante la necesidad de instrumentar definitiva y sistemáticamente una política de protección arquitectónica y los problemas que se observaban en el Distrito U24, se proyectó una importante modificación legislativa, precedida de encuestas públicas con los interesados. Se incorporó por Ordenanza 45.517 un nuevo Distrito al Código de Planeamiento Urbano, identificado como *Distrito Áreas de Protección Histórica APH*, destinado a preservar las áreas, espacios y conjuntos urbanos que por sus valores arquitectónicos, históricos o ambientales constituyen ámbitos singulares, claramente identificables como referentes de nuestra cultura.

Se definió la obligación de proteger, así como la salvaguardia y puesta en valor de los lugares, edificios u objetos considerados por estas normas de valor histórico, arquitectónico, simbólico o ambiental, lo que obliga a todos los habitantes a ordenar sus conductas en función de su protección, como así también aquellos elementos contextuales que contribuyen a su valoración.

Prevé un sistema de *catalogación* sobre los espacios y bienes determinados por la norma municipal. El catálogo urbanístico es un instrumento de regulación para los edificios con necesidad de protección patrimonial que particulariza el alcance de la normativa, respecto de la calificación urbanística que le ha sido asignada.

Las formas de protección tendrían carácter general para áreas homogéneas en cuanto a morfología y tejido urbano, a fin de consolidar los atributos que hacen valorable el conjunto.

Se previó una protección especial, que puede ser *edilicia o ambiental*. La edilicia se refiere a lo construido en las parcelas, estableciéndose niveles particulares. La ambiental se aplica sobre áreas que se destacan por sus valores paisajísticos, simbólicos, sociales o espaciales, incluyendo las fachadas y muros exteriores de los edificios.

La protección especial y edilicia se subdivide en tres niveles de protección: integral, estructural y cautelar.

Se instrumentó un tipo de protección paccionada, ya que cualquier propietario de inmueble que posea valor patrimonial podrá celebrar con la autoridad municipal un *convenio urbanístico* con el objeto de salvaguardar esa muestra del patrimonio urbano arquitectónico, mediante normas APH particulares para la parcela en que está asentado.

Los inmuebles sujetos a rehabilitación deberían iniciar y proseguir los trabajos a ritmo continuo, dentro de los 10 años de dispuesta por la norma, sin que se interrumpa el plazo por las traslaciones de dominio. La prórroga solicitada por el propietario no podrá



superar los 2 años. Vencido el plazo, si no se llevaron a cabo las obras se podrá declarar de utilidad pública los bienes sujetos a protección obligatoria.

Además de imponer estas severas cargas, la norma previó un sistema de incentivos, consistentes en: créditos del Banco de la Ciudad de Buenos Aires; desgravaciones impositivas de impuestos y tasas, hasta un 100%; desgravación de los derechos de construcción para las mejoras a realizar; exención de revalúo por 5 años; asesoramiento a los interesados en una mejor rehabilitación y subvenciones del Banco de la Ciudad u otro organismo público municipal.

V. 6. La distribución de cargas y beneficios derivados de la preservación arquitectónica

Es un principio general del derecho urbanístico que el ordenamiento, al definir el contenido normal del derecho de propiedad urbana, a la par que establece limitaciones y deberes, debe reconocer a los propietarios el derecho a una *distribución equitativa* de los beneficios y cargas derivados del planeamiento.

Puede suceder que corresponda indemnizar a aquellos propietarios que deben soportar graves limitaciones o vinculaciones singulares –como pueden ser algunas de las consideradas anteriormente– que afecten seriamente la disponibilidad de sus inmuebles y que no son de aplicación a los restantes propietarios, los que no se ven alcanzados por las normas de preservación.

La implantación de limitaciones dominiales severas, que impliquen una alteración del equilibrio entre beneficios y cargas derivados del planeamiento urbano, puede ocasionar un costo indemnizatorio elevado para las arcas estatales. Frente a este supuesto, se han gestado mecanismos de reemplazo que tienden a restablecer el equilibrio entre cargas y beneficios del planeamiento y que no repercuten sobre la economía estatal, evitando las indemnizaciones o, en su caso, expropiaciones, debidas por la imposición de limitaciones dominiales en salvaguardia del patrimonio urbano.

Una de esas soluciones es la denominada *transferencia de aprovechamiento urbanístico*.

Se mide el grado de aprovechamiento (vale decir, la aptitud constructiva del predio según el plan urbanístico general) del inmueble sujeto a preservación, el que puede estar por debajo del aprovechamiento medio o tipo, como consecuencia de las limitaciones impuestas para su salvaguarda.

La diferencia entre el aprovechamiento de la finca protegida y el aprovechamiento tipo que corresponde a ese distrito si no sufre las limitaciones que aseguran su preservación es una cuota de aprovechamiento urbanístico que otro propietario de la ciudad puede adquirir para con ella incrementar su predio, adicionándole dicha cuota al aprovechamiento que corresponda al distrito en el que está situado su inmueble. De esta



manera, el adquirente bonifica con un plus el coeficiente de edificabilidad que corresponde a su predio y el titular del predio protegido ve resarcida con el monto de la operación la indemnización que le correspondería por sufrir una mayor carga urbanística que el resto de la comunidad.

Las cuotas de aprovechamiento se pueden fijar a partir de un instrumento regulatorio clave del planeamiento urbano como el *Factor de Ocupación Total* (FOT),¹³ u otra medida que permita medir la densidad edificatoria de la parcela.

Con la técnica expuesta el propietario del inmueble preservado, en lugar de recibir una indemnización por parte del Estado, se resarce con la venta de la cuota de aprovechamiento urbanístico que, de acuerdo con la reglamentación, no puede utilizar en el predio. La transferencia de ese cupo de aprovechamiento puede hacerse a otro propietario de la ciudad, en todo o en parte, fraccionando la cuota para beneficiar a otros tantos propietarios y facilitar su colocación en plaza. Hay que rescatar que el ordenamiento fija generalmente un tope de aprovechamiento para el adquirente, según las reglas urbanísticas que correspondan al predio que se va a beneficiar.

Una alternativa que prevén ciertos ordenamientos es que el propietario del predio protegido enajene a otros propietarios la totalidad del aprovechamiento que correspondería a su inmueble si estuviere libre de limitaciones. En ese caso, una vez abonado el total del aprovechamiento, traslada gratuitamente el inmueble protegido al municipio.

La utilización de los inmuebles así incorporados al municipio puede efectuarse sin desembolsos públicos mediante un contrato de concesión de obra pública. Se contrata con un particular el compromiso de restaurar y refuncionalizar el inmueble con fondos del contratista particular. A cambio, recibe este la explotación del inmueble por un tiempo, lo que le permitirá resarcir sus gastos y obtener una justa ganancia. Finalizada la concesión, hace entrega del bien revalorizado al municipio.

La Corte Suprema de Estados Unidos resolvió una causa en la que se planteó la inconstitucionalidad de las limitaciones dominiales derivadas de la preservación monumental, sobre un predio cuyo aprovechamiento urbanístico podía ser transferido (*Penn Central Transportation Co. v. City of New York*: 436 U.S. 104).

El Tribunal rechazó la acción de inconstitucionalidad promovida por Penn Central contra el organismo que le había denegado la autorización para construir un edificio de 55 pisos sobre la estación ferroviaria Grand Central Terminal, pues había sido declarado monumento histórico según la ley de monumentos de la ciudad de Nueva York (*New York City Landmarks Law*).

La autoridad correspondiente había denegado la autorización para construir sobre el inmueble de la estación terminal porque la edificación propuesta importaría la

13. El FOT es un número que multiplicado por la superficie de la parcela privada arroja la superficie total edificable.



alteración de los valores estéticos de lo ya edificado. Penn Central accionó sosteniendo que la denegatoria constituía una limitación dominial severa, sin la correspondiente indemnización (*taking*), por lo que resultaba constitucionalmente írrita ya que la privaba de su propiedad, con violación del debido proceso legal (*due process of law*).

La Corte rechazó la acción sobre la base de que la norma permitía a la accionante transferir los derechos de explotación comercial sobre la estación terminal a otras de su propiedad. Entendió que si bien el ordenamiento impone severas restricciones en orden a la preservación de monumentos y distritos históricos, constituyendo limitaciones que disminuyen el valor económico de los edificios protegidos, la misma legislación compensa a esos propietarios con las transferencias de los derechos de explotación que pueden ser aprovechados en parcelas que el mismo propietario posea en sitios aledaños.

La norma que instituyó las *áreas de protección histórica* ha hecho aplicación de la técnica expuesta, ya que *los inmuebles que posean para la ciudad valor patrimonial* pueden ser objeto por sus propietarios de un *convenio urbanístico* con la Comuna.

A través de ese contrato se pueden establecer alternativas de compensación de la carga que puede significar la protección dispuesta. La compensación puede contemplar la *transferencia de la capacidad constructiva* de la parcela a otra u otras.

Con la técnica examinada y otras soluciones ingeniosas que pueden implementarse se pueden aliviar las cargas del Estado y continuar en la senda de la protección arquitectónica, administrando cuidadosamente los normalmente escasos medios financieros atribuidos a la administración para estos fines.¹⁴

VI. LA SENTENCIA DEL CASO A LA LUZ DE LA POLÍTICA AMBIENTAL NACIONAL

Las sentencias pronunciadas en el caso, tanto la de primera instancia como la del tribunal de apelación, lucen como resoluciones judiciales modélicas, prolijamente fundadas, con una pormenorización de los hechos conducentes de la causa que impresiona por su puntilliosidad. Los pronunciamientos están sostenidos en argumentos muy extensos, contundentes, abonados por innumerables citas de tratados internacionales, cláusulas constitucionales involucradas, declaraciones internacionales de organismos o congresos de la materia, legislación de la Ciudad Autónoma y jurisprudencia (es menester reconocer que resulta escasa en la materia, especialmente en lo referido al daño moral colectivo).

14. Se puede ampliar la transferencia de aprovechamiento urbanístico, así como tomar vista de otras técnicas similares en: Uslenghi, Alejandro Juan, "Función Social de la Propiedad y Principio de Igualdad en Derecho Urbanístico", en *Ambiente Sustentable II – Obra colectiva del Bicentenario*, t. II, Amancay Herrera Coord., Orientación Gráfica Editora, Buenos Aires, 2010, pp. 873-886.



Por todas estas razones, la decisión de la causa en la que confluyen el tribunal de la primera instancia y los votos de los Dres. Daniele y Centanaro en la alzada, es dable pensar que se va a convertir en un fallo paradigmático.

Por mi parte, coincido con el resultado del entuerto. Poco es lo que podría agregar a las razones fundantes. Por ello, prefiero comparar los argumentos sostenidos en el decisorio con las pautas de política ambiental, fijadas por el legislador en el orden nacional, a efectos de apreciar las coincidencias que median entre ambos.

La reforma de la Constitución Nacional, operada en 1994, aportó al texto nuevos derechos, de los llamados de la tercera generación. Entre ellos, la protección del medio ambiente consagrada en el nuevo artículo 41.¹⁵

En cumplimiento de este mandato el Congreso Nacional sancionó en noviembre de 2002 la Ley General del Ambiente (25.675), que establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable. Esta norma entró a regir en fecha posterior al acaecimiento de los hechos que derivaron en la demolición de la propiedad materia del pleito.

Según las pautas de la política ambiental que ha fijado el legislador, el fallo ha coincidido en la necesidad de la preservación, conservación y recuperación de un recurso ambiental, de carácter cultural, como era la propiedad identificada en el pleito, comúnmente llamada “Casa Millán”, por haber pertenecido a uno de los fundadores del pueblo de Flores y ser –al tiempo de su demolición– el edificio más antiguo que se conservaba de la zona (ver art. 2, inc. a).

El fomento de la participación social en los procesos de toma de decisión fue alentado por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, dado que su acción judicial estuvo impulsada por la denuncia que hiciera un vecino, señalando las características del inmueble que aconsejaban su protección como elemento del acervo arquitectónico e histórico de la urbe y la urgencia en obtener su protección ante la publicidad de la propuesta de venta (ver art. 2, inc. c; y art. 19).

A mi modo de ver, la condena pecuniaria establecida coadyuva a prevenir los efectos nocivos de conductas similares llevadas a cabo tanto por la administración como los

15. Art. 41: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.



particulares que desembocaron en la desatinada demolición del inmueble (ver art. 2, inc. g).

Respecto de los principios de la política ambiental que informan la interpretación y aplicación de la Ley General del Ambiente, encuentro que la decisión judicial ha hecho aplicación del *principio de prevención* (ver art. 4) al otorgar virtualidad a la legislación protectora del bien, que lo incluyera en el distrito APH, aunque aún no se hubiera llevado a cabo su *catalogación*. Del mismo modo, al establecer una reparación en beneficio de toda la comunidad capitalina y destinarla –tanto el monto que debe pagar la empresa privada como el que debe obrar el Gobierno de la Ciudad Autónoma– a la preservación, recuperación y difusión del patrimonio cultural ha satisfecho el *principio de equidad intergeneracional*, por el cual los responsables de la protección ambiental deben velar por el uso y goce del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras (art. 4). En el mismo sentido se expide la exigencia del decisorio que ordena la colocación de una placa conmemorativa en el lugar donde se encontraba la “Casa Millán”, que debe contener la fecha en que fue edificada, el nombre de quien fue su propietario y demás reseñas histórico-culturales relevantes, texto que debe ser acordado entre la empresa privada condenada y la Defensoría. Esta orden judicial, por lo demás, puede ser tenida como una expresión de la educación ambiental, que según el texto legal, constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos valores, comportamientos y actitudes que mejoren la calidad de vida de la población (art. 14).

La decisión de primera instancia, confirmada por la alzada, de destinar la suma de condena al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a la ejecución de un programa a llevar a cabo por la Comisión de Patrimonio Histórico de la Ciudad que asegure el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales para la protección del patrimonio cultural de la ciudad,¹⁶ satisface la exigencia legal de que los distintos niveles de gobierno integren en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la norma (ver art. 5).

Media coincidencia entre la decisión del fuero capitalino en hacerse competente para dirimir el caso bajo análisis y lo resuelto en el art. 7 de la ley que declara su aplicación como correspondiente a los tribunales ordinarios.

Finalmente, creo necesario destacar que todo aquello de los pronunciamientos judiciales vinculado al daño coincide con la regulación de esta materia contenida en el capítulo respectivo de la ley 25.675 (arts. 27 a 33), especialmente el art. 30 que habilita, en caso de producción de un daño ambiental colectivo, al Defensor del Pueblo (junto a los

16. Dentro de ese proyecto, también se debe prever la conservación y exposición de la puerta de la “Casa Millán” en una plaza pública del barrio donde se encontraba emplazada, dando allí difusión de la historia cultural que envolvió a la finca de autos, salvaguardando la memoria y su conocimiento para generaciones futuras (ver punto 2° de la parte resolutive de la sentencia del inferior).



demás legitimados por el art. 43 de la Constitución Nacional) a accionar con miras a la recomposición o a la condena de la pertinente indemnización.

Todas estas coincidencias entre las prescripciones de la Ley General del Ambiente y los fundamentos y decisiones adoptados en el fallo de primera instancia, confirmado por la Cámara de Apelaciones (excepto en el monto indemnizatorio, que fue solamente reducido), no hacen más que enaltecer el sentido de justicia de sus autores.

Como balance final, considero firmemente que lo actuado por la Defensoría del Pueblo y la decisión de los jueces ha permitido *conservar el pasado* para de esta manera obtener testimonios que nos permitan *construir nuestra historia* y, a partir de ahí, *diseñar nuestro futuro*.



7.

“ACUÑA MARÍA SOLEDAD C/GCBA S/AMPARO [ART. 14 CCABA]”

SALUD MENTAL

Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA

23 de diciembre de 2008



UN FALLO QUE PREANUNCIÓ EL CAMBIO DE PARADIGMA EN MATERIA DE SALUD MENTAL EN LA ARGENTINA: “ACUÑA, MARÍA SOLEDAD C/GCBA S/AMPARO”

Por Viviana M. C. Bonpland*

SUMARIO

Se pidió la protección del derecho a la salud de las enfermas internadas en el Hospital “Braulio Moyano” de la CABA, invocándose a este último como un derecho de incidencia colectiva a través de un amparo.

La jueza de primera instancia hizo lugar al mismo, y la Cámara confirmó lo decidido con fundamento en el artículo 75, incisos 22 y 23 de la CN y en varios artículos de la Constitución de la CABA.

Se ordenó el cumplimiento de diversos puntos vinculados con el mejoramiento y funcionamiento actual de esa Institución de Salud Mental.

Se diferenció la política de salud mental de la CABA de la protección específica en la materia que tiene la población allí internada, considerándose a la misma como derecho individual y colectivo.

I. El amparo al que vamos a referirnos fue incoado por María Soledad Acuña. La actora actuó en su carácter de diputada, ciudadana y vecina de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El demandado fue el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA), con el objeto de que se ordene la inmediata ejecución de los actos tendientes a conseguir la generación de condiciones de seguridad y de habitabilidad mínima para que las pacientes internadas en el Hospital Neuropsiquiátrico “Dr. Braulio Moyano” puedan seguir viviendo allí.

Se solicitó, además, que se establezca un programa de reparación total de las condiciones de edificación, de infraestructura, de limpieza de las instalaciones y de cuidado personal de las internadas.

* Abogada de la UBA, Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública por la UBA y Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Museo Social Argentino. Directora General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud de la Nación e investigadora del Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho de la UBA.



Asimismo, se pidió que se haga lugar al amparo, ordenando al GCBA que reestablezca las condiciones de bioseguridad mínimas, referidas a protección contra incendios y siniestros, acondicionamiento de espacios verdes y otros aspectos edilicios que protejan la integridad física de las enfermas, y que se provea:

1. La reparación total de los ambientes interiores de internación.
2. Recambio de mobiliario.
3. Ampliación del servicio que prestaba la empresa concesionaria de la limpieza.
4. Ropa interior, exterior y calzado para las pacientes.
5. Designación de personal de enfermería y agentes de mantenimiento.
6. Reparación total de los sistemas de agua corriente y sistemas cloacales, servicio sanitario de los Pabellones “Riglos” y “Vélez Sarsfield”.
7. Reparación total del Pabellón Charcot y toda otra actividad necesaria para dignificar la vida de las pacientes internadas en el Hospital Moyano.

Se dictó sentencia de primera instancia, haciendo lugar al amparo incoado, y le fue ordenado al GCBA que:

1. Articule un plan que permita poner al hospital en las condiciones de habitabilidad solicitadas, conforme determinadas pautas a seguir, que fueron fijadas en la sentencia.
2. Se le otorgó un plazo de un mes para presentar un cronograma que cumpla con las pautas del pronunciamiento, dándole el plazo de un año para cumplirlo.
3. Se ordenó proveer a la designación de personal y las condiciones de seguridad necesarias, así como confeccionar un censo de pacientes, en el plazo y modo establecidos por la magistrada interviniente.
4. En el punto VIII del pronunciamiento, en “Conclusión – Obligaciones del Estado Local”, la señora jueza estableció en definitiva las acciones concretas a cargo del accionado GCBA, a saber:

- 1) Presentación de un Plan de Obras, que permita la remodelación total del hospital. El plan debería presentarse en el plazo de treinta (30) días y la reforma llevarse a cabo en el plazo de un (1) año.
- 2) Se ordenó incluir la erogación a efectuar en el respectivo presupuesto.
- 3) Se pidió informar la cantidad necesaria de personal para llevar a cabo el plan y que se defina el sistema para dar cumplimiento a la cobertura de los cargos.



- 4) Se ordenó llevar a cabo un censo de pacientes, fijándole un plazo a su cumplimiento.
- 5) Se estableció que debía proveerse la ropa de cama necesaria para las enfermas.
- 6) Se determinó articular los medios para asegurar la seguridad correspondiente a internadas y personal que se ocupe de su atención.
- 7) Se ordenó proveer el mobiliario necesario para las internadas, y los medios, elementos, instrumentos y/o materiales para que el personal pueda cumplir con sus labores.

II. Todo lo dispuesto por la magistrada de primera instancia actuante fue controvertido por el demandado GCBA.

Al cuestionar la sentencia, el primer agravio sostenido por la demandada fue que, con la presentación ante el Tribunal de una copia del Programa de Reforma del Modelo de Atención de la Salud Mental en la CABA, quedaba demostrado que, en virtud de los ejes conceptuales e instrumentales del documento presentado, se generaba una situación normativa y de facto que tornaba abstracto el pronunciamiento recaído en autos.

Ello así, por cuanto con el programa de reforma acompañado, la Ciudad demostraba su pretensión de efectuar una reforma integral y adecuada a los nuevos tiempos, relacionada con todos los hospitales neuropsiquiátricos que dependen de ella; y se especificaba además que, dado que en la actualidad los modelos de atención en hospitales mentales utilizados en todo el mundo más avanzado difiere notablemente de los conceptos a los que los hospitales mencionados con anterioridad responden (generados a fines del siglo XIX y principios del XX), quedaba demostrado que resultaba de importancia definir y/o evitar las erogaciones para llevar a cabo obras ordenadas en la sentencia, ya que las mismas podían ser destinadas en cambio a la modificación del concepto y a la solución definitiva y actualizada de toda la problemática vinculada con actuales hospitales dependientes de la CABA; propendiéndose a un nuevo modelo que evite el aislamiento de los pacientes y promueva su inclusión social.

III. AGRAVIOS: En punto a los agravios expresados, cabe señalar:

a) En punto al **primer agravio** del GCBA, en el sentido de que estaríamos en presencia de una *cuestión no justiciable*, o sea, el objeto del amparo recaería sobre una cuestión de tales características, toda vez que el pedido efectuado puede subsumirse en una temática que se ciñe exclusivamente al campo social y asistencial, el mismo puede ameritar alguna consideración como la que sigue.



En primer término, es norma que todo hombre puede reclamar de sus semejantes y del Estado un paquete acotado de bienes básicos o esenciales: vivienda, cuidado sanitario, educación, lo que constituiría un mínimo social “reclamable” a quien corresponda y según el ordenamiento jurídico vigente, si con esfuerzos razonables ese individuo no puede obtener lo suficiente para procurarse por sí mismo el mínimo aludido.^{1 2}

Este estándar se vuelve más complejo si tenemos en cuenta que la operatividad de los bienes sociales se encuentra sujeta a los “recursos disponibles” del Estado, de acuerdo a lo previsto en los Pactos Internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22 de la CN).

Hablar de “recursos disponibles” no conduce a consagrar la discrecionalidad absoluta de los órganos estatales para utilizar y repartir esos bienes sociales, dado que el accionar de los mismos debe estar dirigido a satisfacer el mínimo indispensable y esencial que reclaman la sociedad y los individuos con previsión constitucional expresa.

El inciso 23 del artículo 75 de la CN obliga al Estado a llevar a cabo “acciones positivas” en favor de los más necesitados, para concretar la igualdad real de oportunidades como parte del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 16 de la CN.

Este mandato no solo está referido al Poder Legislativo, sino que está dirigido a todos los órganos del Estado.

Y no por tratarse de derechos sociales debemos limitarnos a considerar que los mismos sean considerados como meramente “programáticos”, porque se hace necesario optimizar los recursos por parte del área estatal y buscar métodos alternativos, tanto como priorizar cometidos, para llevar a cabo el cumplimiento efectivo de esos niveles esenciales de satisfacción de los derechos humanos.

Cayuso³ ha expresado que, de seguir considerando tales mandatos constitucionales meras indicaciones programáticas, los derechos humanos quedarían absolutamente neutralizados toda vez que el sujeto llamado por el sistema a satisfacerlos, es el mismo que decide el cómo y el cuándo se efectivizan.

No puede obviamente, debemos concluir, reclamarse a los jueces medidas de gobierno de alcance general, pero sí puede solicitarse que se fijen medidas para la satisfacción de los derechos más primarios, en esa medida, el reclamo por vía de amparo sería procedente.

1. Gómez, Claudio D., “El Derecho a la Salud y las Políticas Estatales: su control por el Poder Judicial”, La Ley 2004-B, p. 435.

2. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1995, p. 273.

3. Cayuso, Susana, “El principio de Igualdad en el Sistema Constitucional Argentino”, La Ley 29/10/03, p. 1.



Así lo especificó oportunamente Fayt (“Felicetti, Roberto y otros”, Fallos 323: 4130 LL 2001 - B- p. 64; “Ramos, Marta R. y otros”, LL 2003-B, p. 293, Consid. 6º voto en disidencia de los jueces Fayt y Boggiano).⁴

b) El **segundo agravio** expresado fue: “Inexistencia de acto u omisión lesiva”.

A esta afirmación dogmática del GCABA, la Cámara le opuso los argumentos irrefutables que surgen de la propia prueba obrante en el expediente, que la magistrada de primera instancia valoró adecuadamente, de donde surgen las condiciones indignas en medio de las cuales la vida de las internas se desenvolvía a la fecha del pronunciamiento de marras.

c) El **tercer agravio** expresado por el demandado fue que se trataba de una “cuestión abstracta”.

La Cámara manifestó que el objeto procesal de la acción de amparo no consistía en analizar y juzgar la “política pública” del Gobierno de la CABA en materia de salud mental, sino en garantizar condiciones de seguridad y habitabilidad mínimas en el Hospital Braulio Moyano; lo que debía verificarse en el caso y en concreto.

Respecto de este tercer agravio, dijo textualmente el Tribunal de Apelación: “1) El diseño e implementación del plan de salud mental es competencia del Poder Legislativo y Ejecutivo y, en tanto y en cuanto dicho plan respete las disposiciones constitucionales y legales aplicables y no afecte el derecho de las personas, su valoración –en principio– no es atribución del Poder Judicial. No obstante, es dable mencionar que el Programa de Reforma al Modelo de Atención de la Salud Mental en la Ciudad de Buenos Aires, cuyos lineamientos básicos surgen de la documentación presentada ante esta Cámara, *prima facie* parece orientarse en criterios concordantes con las tendencias más modernas, que cuestionan la atención psiquiátrica convencional ligada al rol hegemónico de los establecimientos hospitalarios, con internaciones por períodos prolongados –perjudiciales en tanto aíslan a la persona de su entorno– y postulan en su reemplazo un modelo de atención descentralizado, centrado en la comunidad y dentro de sus redes sociales, limitando las internaciones al mínimo indispensable... 2) En efecto, de esa documentación surge que los modelos de atención más avanzados difieren notablemente de los conceptos vigentes a fines del siglo XIX y principios del XX, a los cuales responden estos hospitales neuropsiquiátricos; y, como consecuencia de ello, el programa propone un cambio de concepto con el objeto de evitar el aislamiento de los pacientes, promoviendo su inclusión social. Para alcanzar tal objetivo, propicia el paso de un modelo institucional manicomial a un modelo comunitario, con participación de dispositivos intermedios en el tratamiento de los enfermos mentales. Además, no puede dejar de ponerse de relieve que esas ideas concuerdan con la orientación señalada por el constituyente local,

4. Gómez, Claudio, Artículo de doctrina citado en nota 1.



en cuanto previó que la atención de la salud mental en los establecimientos estatales propende a la desinstitucionalización progresiva (art. 21, inc. 12, CCBA)”.

Con lo expuesto por la Cámara, es dable colegir que la Cámara se ocupó de señalar que una cosa es la Política en materia de Salud Mental de la CABA, y otra cuestión distinta es la tutela por parte de los jueces de los derechos de las internas, menoscabados por la situación verificada en el hospital.

En efecto, la política referida a la salud mental en general en los hospitales a cargo de la CABA, y las medidas concretas que las autoridades de cada hospital arbitran y llevan a cabo en los casos en particular, gestionando la salud mental de las personas internadas en ellos, pueden llegar a coincidir o a solaparse según sea el caso analizado (aclaro que esta es una reflexión propia).

Las medidas que el GCBA debería haber ido “progresivamente” implementado, atento a la decisión referida al cambio de orientación en materia de salud mental que encarna el Plan al que se hace mención en la expresión de agravios del demandado, no fueron suficientemente explicitadas ni fueron –en apariencia– lo suficientemente “progresivas”, como para demostrar que la autoridad estatal se encontraba en un camino efectivo de implementación progresiva y continua de mejoras referidas al tema, esta percepción es la que dio por tierra con lo argumentado en el memorial por el GCBA ya que no existió en la especie, entiendo, una evidencia razonable acerca del grado de efectivo cumplimiento del Plan en marcha por parte de las autoridades del nosocomio.

d) El **cuarto agravio**: “Invasión de la zona de reserva del Departamento Ejecutivo”.

El Tribunal actuante señaló: “En este aspecto no es posible soslayar que la implementación de los derechos constitucionales a través de políticas públicas depende de actividades de planificación, previsión presupuestaria e implementación que, por su naturaleza, corresponden a los poderes políticos. Es claro, a su vez, que por expreso imperativo constitucional y de acuerdo con el principio de división de poderes, los jueces no deben asumir la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de tales políticas con los estándares jurídicos aplicables y –en caso de hallar divergencias– reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que estos adecuen su actividad a los mandatos constitucionales”.

“Con respecto a esta cuestión, este tribunal ha recordado innumerables veces que cuando los jueces revisan las conductas de la administración en el marco de las causas en las cuales han sido llamados a conocer no invaden zona de reserva alguna, sino que se limitan a cumplir su función específica, esto es, ejercer el control de la función administrativa a fin de constatar si su ejercicio se adecua o no al ordenamiento jurídico.”

Entendemos que la claridad de estas expresiones transcriptas nos exime de mayores comentarios.



A su vez, queremos señalar que nos parece sumamente adecuado el criterio según el cual la sentencia recurre a la utilización de una fórmula flexible en la parte dispositiva, para evitar un exceso de jurisdicción.

Es real, entendemos, que decisiones de esta índole permiten darle a la parte demandada un cierto margen de apreciación en la elección de los medios a través de los cuales cumplir en forma adecuada con la sentencia judicial, efectivizando de este modo el mandato constitucional.

De otro lado, los argumentos referidos a la escasez de recursos disponibles y la sujeción alegada a lo dispuesto por la Ley de Presupuesto ameritan recordar lo señalado por Corti cuando en un artículo de doctrina refirió: “Estas disposiciones legislativas expresan descarnadamente un nuevo principio jurídico: los derechos reconocidos se encuentran protegidos si y solo si hay recursos suficientes para ello. Es decir; las obligaciones públicas no son irrestrictas, sino que dependen de la cantidad de recursos disponibles.

”Enunciado de manera general, el principio viene a postular que el sistema constitucional de los derechos individuales posee una validez condicionada, al ser dependiente de los recursos públicos asignados mediante la legislación presupuestaria. Aceptar este principio implica limitar los efectos de las decisiones judiciales, pues aun cuando se ratifique jurisdiccionalmente la legitimidad de un derecho, su ejercicio se encuentra subordinado a las previsiones que haya efectuado la ley de presupuesto.

”En este sentido también hay que admitir una mutación en las jerarquías de nuestro orden jurídico, ya que la efectividad de los derechos declarados por la Constitución depende de qué decida la ley de presupuesto. De ahí que esta ley tenga primacía sobre la Constitución. Y si la legislación presupuestaria es la Ley Suprema de la Nación, el control de constitucionalidad llevado a cabo por los jueces en cuanto resguardo último de los derechos individuales debe sujetarse a la ley de rango superior. Caduca, en definitiva, la supremacía de la Constitución...”.

Compartimos obviamente lo expresado por Corti, la Ley de Presupuesto no prevalece sobre lo dispuesto por la Constitución Nacional y se requiere el cumplimiento de al menos niveles esenciales de los derechos en juego prescriptos en la Constitución.

IV. Este fallo obviamente se inscribe en la línea de aquellos que la doctrina ha calificado como casos de “mejoramiento institucional”, entre los cuales –solo por mencionar algunos– podemos citar:

1. “Asociación de Médicos Municipales de la CABA c/CABA”, Justicia de la CABA. Sala II Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA 2002.



2. “Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires IX Distrito s/Amparo” (La Ley 2002-E p. 368).
3. “Torello c/P.A.M.I.”, Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal del año 2000.
4. “Defensora del Pueblo c/GCBA s/Amparo”, Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la CABA Juzgado N° 5 del 7/10/2001 (La Ley 2004-A p. 626 en especial. Sección IV).
5. “Viceconte Manuela c/Ministerio de Salud y Acción Social” (La Ley 1998-F, p. 102 y La Ley 1998-F, p. 305, ED, 178-808).

y otros, así como todos los citados en el fallo en comentario a los cuales remitimos.

María Claudia Caputi⁵ ha señalado:

“IV.1. Creatividad y mejora institucional.

Como se adelantó, cabe poner de resalto que un común denominador de las causas en pos de la reivindicación del derecho a la salud, y que las hace bastante únicas (pues no se lo observa en otros amparos o procesos urgentes), radica en que frecuentemente han podido ser empleadas para hacer más eficiente la organización de centros asistenciales, ayudando a combatir la corrupción o sus figuras emparentadas: la desidia, la ineficiencia, el desmanejo displicente, la inoperancia, que causan desprotección en la cobertura de este derecho fundamental. Junto a esto, simultáneamente se lucha por la salud de un sector de la población (unido por la geografía, o por padecer una misma dolencia). Más allá de la eficacia práctica que puedan alcanzar estas decisiones, sus nobles propósitos parecen destacables.”

“Al punto tal que llama la atención que la práctica no se haya propagado a otros ámbitos de la Administración pública, en los que también imperan la ineficiencia, el descontrol o figuras emparentadas con la corrupción.”

V. Es interesante la reflexión que lleva a cabo la jueza en la sentencia de primera instancia al mencionar las leyes vigentes vinculadas con la cuestión (Leyes 447 y 448 de la CABA) para fundar su sentencia; pero a la vez resaltar –de un modo más importante aún– los artículos de la Constitución de la CABA que tutelan el derecho a la salud, los cuales tienen más relación con el modelo abierto en materia de salud mental, que tiempo después se impondría también en el ámbito nacional.

5. Caputi, María Claudia, “La Tutela Judicial de la Salud y su reivindicación contra los entes estatales”, La Ley 2005-B, p. 1460.



Con el temperamento adoptado en su decisorio la magistrada actuante se adelanta a su tiempo, y a la par señala cuál es la regulación concreta y el enfoque de la salud mental de la CABA a la fecha de su sentencia, vislumbrando además lo que vendrá.

En efecto, con posterioridad a este fallo la Nación adoptó con alcance federal una nueva Ley de Salud Mental con fundamento en los tratados internacionales de derechos humanos, ley que fija pautas y bajo cuya impronta la Nación y las Provincias deberán sentarse a cooperar y asimismo a coordinar sus políticas públicas en materia de salud mental, ya que en materia sanitaria, las facultades de ambas jurisdicciones resultan concurrentes y entran en juego, además, facultades institucionales y de derecho administrativo que son de prevalencia local, por tratarse de competencias no delegadas a la Nación.

VI. NUEVO PARADIGMA DE SALUD MENTAL A NIVEL NACIONAL: NORMAS APLICABLES. La Ley Nacional de Salud Mental vigente, en su artículo 1 establece que “La presente ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional”.

Esta Ley Nacional de Salud Mental se corresponde con el enfoque de derecho para la atención en salud mental, en virtud de lo señalado en el artículo 2 que integra a la norma los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991, y a la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, del 14 de noviembre de 1990, y los Principios de Brasilia, para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, del 9 de noviembre de 1990, como instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas.

La Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, es un instrumento que apunta a la reestructuración de la atención psiquiátrica dentro de los sistemas locales de salud, haciendo notar “que la atención psiquiátrica convencional no permite alcanzar los objetivos compatibles con una atención comunitaria, descentralizada, participativa, integral, continua y preventiva”, y en consecuencia declara “que la reestructuración de la atención psiquiátrica ligada a la Atención Primaria de Salud y en los marcos de los Sistemas Locales de Salud permite la promoción de modelos alternativos centrados en la comunidad y dentro de sus redes sociales”.



El artículo 27 de la Ley Nacional de Salud Mental indica también que “queda prohibida por la presente ley la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados. En el caso de los ya existentes se deben adaptar a los objetivos y principios expuestos, hasta su sustitución definitiva por los dispositivos alternativos. Esta adaptación y sustitución en ningún caso puede significar reducción de personal ni merma en los derechos adquiridos de los mismos”.

En el Decreto de la Reglamentación de la Ley Nacional de Salud Mental N° 603/2013, el artículo 27, dispone:

“La Autoridad de Aplicación en conjunto con las jurisdicciones, establecerá cuáles son las pautas de adaptación de los manicomios, hospitales neuropsiquiátricos o cualquier otro tipo de instituciones de internación monovalentes que se encuentren en funcionamiento, congruentes con el objetivo de su sustitución definitiva en el plazo establecido.

También establecerá las pautas de habilitación de nuevos servicios de salud mental, públicos y privados, a los efectos de cumplir con el presente artículo.

La adaptación prevista deberá contemplar la desconcentración gradual de los recursos materiales, humanos y de insumos y fármacos, hasta la redistribución total de los mismos en la red de servicios con base en la comunidad.

La implementación de este lineamiento no irá en detrimento de las personas internadas, las cuales deberán recibir una atención acorde a los máximos estándares éticos, técnicos y humanitarios en salud mental vigentes...”

Asimismo, en la base del Plan Nacional de Salud Mental (RM 2177/13) se entiende “que la Salud Mental atraviesa en la actualidad un proceso de transformación que implica el pasaje de lo patológico a lo salutogénico, que no se agota en los servicios de salud específicos tradicionales, sino que aspira al desarrollo de acciones territoriales al alcance de toda la población desde la mirada comunitaria e inclusión social”.

El mismo Plan Nacional de Salud Mental tiene por propósito (Propósito N° 8.1.) “Proteger y promover la Salud/Salud Mental de todos los habitantes del suelo argentino, formulando contenidos para el diseño, implementación, monitoreo y evaluación de estrategias, planes, proyectos, programas, actividades, procedimientos, directrices e intervenciones, en el marco de las políticas públicas de Salud/Salud Mental, Plan Nacional de Salud, Ley Nacional N° 26657 y su Decreto Reglamentario 603/2013”.

Entre otros objetivos de este Plan Nacional de Salud Mental, surge el N° 9.1.4. Objetivo N° 4: “Aumentar la accesibilidad a los servicios, dispositivos y actividades de Salud/Salud Mental de la población, erradicando aquellas prácticas, por parte de los efectores, que contribuyan a representaciones sociales estigmatizantes y obstaculicen el ejercicio de la ciudadanía”.



En virtud del cambio de paradigma operado a partir de esta legislación nacional y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y salud mental la normativa vigente en materia de habilitaciones, en especial la “Resolución 1121/1986”, Ministerio de Salud y Acción Social (M.S. y A.S.) establece “Establecimientos de salud mental y atención psiquiátrica. Requisitos para su habilitación y funcionamiento”, (12/11/1986; Boletín Oficial 13/03/1987), queda en discordancia con los principios y lineamientos actuales de la salud mental, debiendo ser derogada en todo aquello que obstruya a estos, para crear la normativa y los procedimientos acordes a las obligaciones y responsabilidades del Estado Nacional en la atención de la salud mental del pueblo argentino.

A su vez, el artículo 28 de la Ley Nacional de Salud Mental establece que “las internaciones de salud mental deben realizarse en hospitales generales. A tal efecto los hospitales de la red pública deben contar con los recursos necesarios. El rechazo de la atención de pacientes, ya sea ambulatoria o en internación, por el solo hecho de tratarse de problemática de salud mental, será considerado acto discriminatorio en los términos de la Ley 23592”.

En consecuencia, resultó necesario modificar en lo pertinente la Resolución 2385/1980, Secretaría de Estado de Salud Pública (SESP); “Habilitación de Establecimientos Asistenciales y Servicios de Traslados Sanitarios” y adecuarlo a la observancia de los derechos de atención integral de los usuarios de la red de salud mental.

También el artículo 13 de la Ley Nacional de Salud Mental determina que: “Los profesionales con título de grado están en igualdad de condiciones para ocupar los cargos de conducción y gestión de los servicios y las instituciones, debiendo valorarse su idoneidad para el cargo y su capacidad para integrar los diferentes saberes que atraviesan el campo de la salud mental. Todos los trabajadores integrantes de los equipos asistenciales tienen derecho a la capacitación permanente y a la protección de su salud integral, para lo cual se deben desarrollar políticas específicas”.

El Artículo 41 de la Ley Nacional de Salud Mental ordena: “El Estado nacional debe promover convenios con las jurisdicciones para garantizar el desarrollo de acciones conjuntas tendientes a implementar los principios expuestos en la presente ley”.

Mediante el Decreto 457/2010 del Poder Ejecutivo Nacional, y concretamente en su Acción 14, se encomienda a la Secretaría de Determinantes de la Salud y Relaciones Sanitarias: “Garantizar la aplicación e implementación de la política nacional de salud mental y comportamiento saludable en los Organismos bajo su dependencia”.

El mismo Decreto 457/2010, al fijar las pautas de acción de la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones, establece en su Acción N° 5: “Coordinar acciones tendientes a la unificación de criterios sobre las mejores formas de atención psiquiátrica y propiciar las transformaciones que fueran necesarias, así como la incorporación de los mismos en las instancias de formación y capacitación profesional”.



Todo lo expuesto da cuenta de las modificaciones anticipadas por la jueza referidas al enfoque de la política de salud mental y determinó establecer las modalidades de atención de la Red de Servicios y Dispositivos de Salud con prestaciones de Salud Mental, cuya habilitación y control debe ajustarse a los requisitos generales de la Resolución Ministerial N° 2385/80, Cap. I. “Normas Específicas” y Cap. V. “Normas Particulares para Establecimientos y Dispositivos de Salud Mental”; vale decir, se ha operado un verdadero y total cambio de paradigma en lo referido a las nuevas normas de aplicación al caso, en el nivel nacional.

Alfredo Kraut⁶ ha dicho:

“La Ley de Salud Mental y el anteproyecto de Código Civil apuntan a una revisión total de las prácticas judiciales y asistenciales, así como a la implementación de un nuevo paradigma, nuevas reglas, nuevas normas, nuevos peritos, nuevos jueces”.

Carlos M. Muñiz⁷ también confirma lo expuesto al expresar:

“I. Introducción

“El abordaje interdisciplinario de la salud mental ha sido planteado por la Ley 26657 como respuesta necesaria a fin de alcanzar una visión integral de la problemática que permita dar respuesta a los problemas que presenta el actual sistema de salud mental caracterizado por el alto nivel de internaciones; la asignación primordial de los recursos a instituciones monovalentes; la alta incidencia de pobreza en los pacientes institucionalizados; la ausencia de garantías procesales y judiciales en la legislación anterior; la insuficiencia de acciones comunitarias de promoción de la salud y problemas de violación de derechos humanos documentados en instituciones en el marco de atención asilar”.

Finalmente, una breve consideración respecto de las alegaciones esgrimidas por la demandada en su responde. Las mismas, en la mayoría de los casos y sobre todo en lo que respecta al tema del carácter abstracto del objeto del amparo y a las cuestiones presupuestarias alegadas, resultan por demás remanidas y sobre todo se trata de argumentos de los cuales los tribunales no se han hecho eco.

En tal sentido, aparece como una situación penosa –en el marco del caso judicial comentado– que con la cantidad de recursos de todo tipo que las autoridades han invertido en la capacitación de los profesionales abogados del GCBA, las argumentaciones ensayadas no alcancen un desarrollo proporcional al esfuerzo que, nos consta, se ha llevado a cabo en esa dirección.

6. Kraut, Alfredo, “Derecho y salud Mental. Hacia un cambio de paradigma”, La Ley 2012-C, p. 1368.

7. Muñiz, Carlos, “El abordaje interdisciplinario de la salud mental. Situación actual a partir de la Ley 26657 y el Decreto 603/2013”, *DF y P* 2014 (marzo), 3/3/2014, p. 162.



En suma y como colofón, se trató de un caso en el que la protección de la salud de las internas alojadas en el Hospital “Braulio Moyano” fue encarada como un derecho de incidencia colectiva e individual a la vez, entendiéndose el amparo como la vía adecuada para hacerla efectiva; y adonde los tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional con jerarquía equivalente proporcionaron los argumentos que dieron la solución del pleito, practicando los jueces intervinientes los controles de convencionalidad y de constitucionalidad respectivos.

Es cuanto puedo destacar de este fallo en comentario.



8.

“QUISBERTH CASTRO SONIA YOLANDA C/GCBA S/AMPARO [ART. 14 CCABA]”

ACCESO A LA VIVIENDA

Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA

6 de abril de 2009



CONSTRUYENDO VIVIENDA COMO DERECHO EXIGIBLE

Por Sebastián Tedeschi*

La justicia contencioso administrativa de la Ciudad de Buenos Aires ha sido puntal de avance y desarrollo del derecho a la vivienda en Argentina. Desde sus comienzos, el activismo de jueces de primera y segunda instancia abrieron la posibilidad de que defensores públicos, abogados comprometidos y de derechos humanos llevaran a los estrados judiciales conflictos individuales, colectivos y estructurales que reivindicaban la exigibilidad del derecho a la vivienda, la aplicación de estándares de debido proceso legal en materia de desalojos y la protección social de personas y familias en situación de vulnerabilidad.

Aunque esa impronta inicial de un desarrollo que parecía no tener techo ha sido en cierta medida opacada por los cambios en la composición de los tribunales de las tres instancias en los últimos años, aun con algunas mermas, han quedado establecidos algunos pilares básicos de reconocimiento del derecho a la vivienda que han servido de inspiración para la jurisprudencia de otros tribunales provinciales y posibilitaron la importante decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso que comentamos.

Hace ocho años había analizado la jurisprudencia sobre derecho a la vivienda en Argentina¹ y contaba con entusiasmo los avances que iban lográndose en la práctica de los tribunales de primera y segunda instancia en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Mencionaba entre otros el caso exitoso de “Villa La Dulce”,² el fallo del Superior Tribunal Judicial local en el caso de la inconstitucionalidad de los desalojos administrativos.³

* Abogado Universidad de Buenos Aires (UBA). Maestría en Filosofía del Derecho y Derechos Humanos, Universidad Internacional de Andalucía. Profesor de Filosofía del Derecho de la UBA y de la Escuela del Servicio de Justicia de la Universidad Nacional de La Matanza. Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación. Coordina el Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Programa sobre Diversidad Cultural.

1. TEDESCHI, Sebastián, “El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución. Punto 5. Caminos nuevos y posibles para la jurisprudencia argentina”, en COURTIS, Christian y BOVINO, Alberto (compiladores), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales a diez años de la reforma constitucional*, Buenos Aires, 2007, p. 22.

2. Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 5, secretaría 9. “Agüero, Aurelio E. c/GCBA s/Amparo”, que culminó con la firma de un Acta Acuerdo el 7 de noviembre de 2001 homologada judicialmente. Allí el gobierno se comprometió a proveer a los vecinos la construcción de 86 viviendas, dentro de un plazo máximo de 60 días, en un terreno ubicado en la localidad de Villa Celina, Partido de La Matanza, que finalmente por acuerdos posteriores se construyó en el Barrio de Villa Soldati de la CABA.

3. Caso “Comisión Municipal de la Vivienda C/Saavedra, Felisa Alicia y Otros S/Desalojo S/Recurso de Inconstitucionalidad. Expte. N° 1556/02, 07/10/2002”. En ese caso el Superior Tribunal de Justicia de la CABA resolvió declarar inconstitucional el artículo 463 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.



En ese tiempo me parecía que, frente a una jurisprudencia nueva y bastante localizada en la Ciudad de Buenos Aires, los desafíos eran lograr que los tribunales comenzaran a considerar el derecho a la vivienda en todas sus dimensiones, que en sus decisiones podrían evaluar otros estándares de derechos económicos sociales y culturales y mejorar la calidad de la discusión judicial acerca de los derechos sociales, tomando en cuenta algunos otros criterios del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tales como el principio de no regresividad, el control de razonabilidad de medidas regresivas particulares, el contenido mínimo del derecho a la vivienda, etc.

A lo largo de estos años se sucedieron luces y sombras, pero la mayoría de estas expectativas se fueron cumpliendo aun cuando algunos protagonistas de estas decisiones cambiaron su perspectiva. Así es que el activismo de la Defensoría y la Asesoría Tutelar ante los Tribunales Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, tanto como el de las ONG y otros actores sociales, aumentó el nivel de reclamos judiciales para garantizar el derecho a la vivienda, el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad se volvió cada vez más reactivo a estas pretensiones. Este tribunal llegó a posiciones extremadamente conservadoras en el caso “Alba Quintana”, que ahora se ha atemperado a partir del fallo “K. M. P.”,⁴ conservando algunos desafíos pendientes y cuestiones críticas que desarrollaremos al final.

En abril de 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el fallo en la causa iniciada por S. Y. Q. de C. y su hijo. El fallo fue dictado en una coyuntura propicia –recordemos la misión realizada por la Relatora Especial de la ONU sobre derecho a la vivienda en abril de 2011 y la mención del derecho a la vivienda en el discurso de apertura del año judicial de 2012.

Era de esperar que la Corte eligiera una controversia que discutiera una situación extrema, dentro de las cuatro docenas de casos que le habían llegado para decidir. Ello suponía un pronóstico mediocre, en términos de que se esperaba poca doctrina y una línea argumental que girara elípticamente sobre “las especiales particularidades del caso”. Sin embargo, como veremos la Corte nos sorprendió positivamente, sin sacar los pies del caso, pero abordando de la manera más integral posible el drama de la ineptitud de las políticas públicas en materia de vivienda en la ciudad de Buenos Aires. Sin suficiente conciencia de ello, la Corte politizó la vida personal de Sonia, de manera que podemos afirmar que, al menos en este caso y con las reservas que efectuaré más adelante, para la Corte (sin mencionar a Kate Millet) “lo personal es político”.

La audiencia previa a la decisión, celebrada el 15 de septiembre de 2011, fue fundamental para formar la opinión de los magistrados y eso se retrató en los énfasis de los considerandos, especialmente el número 13°, cuando la Corte analizó la adecuación de las políticas de la Ciudad con relación a la pretensión. Allí el máximo tribunal citó los

4. TSJ. CABA, “K.M.P. c/GCBA y otros s/Amparo (Art. 14 CCABA), expte. N° 9205/12”, sentencia del 21/03/2014.



dichos de la Ministra de Desarrollo Social en la audiencia y los utilizó en un sentido contrario a la pretensión del Gobierno.⁵

I. EL PLANTEO DE LA SRA. S., SU SUERTE Y FATALIDAD EN LAS DISTINTAS INSTANCIAS

La Sra. S. demandó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires –en adelante “el gobierno local”, “la Ciudad” o “Buenos Aires”– por su propio derecho y representando a su hijo menor de edad, quien tiene una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva. En su demanda solicitó que la Ciudad cesara en su conducta ilegítima de negarle la inclusión en los programas gubernamentales de vivienda y omitir proporcionarle alternativas para salir de la “situación de calle” en la que se encontraba junto a su hijo.

Para reparar esta violación de derechos humanos la Sra. S. solicitó una solución que le permitiera acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose su integridad familiar. Para atajarse de lo que en el momento de la demanda era una respuesta estatal insuficiente y previsible, la reclamante aclaró que, en el caso de que decidiera brindarle un subsidio, su monto debía ser suficiente para abonar en forma íntegra el valor de un lugar que cumpliera con las características señaladas, pues los subsidios previstos por el decreto GCBA local N° 690/06 no garantizaban adecuadamente sus derechos.

El planteo de la Sra. S. había prosperado en la primera y segunda instancia pero chocó contra el paredón en el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad. En los primeros se había decidido que “frente a la acreditada situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la amparista y su grupo familiar y a que el monto establecido [por el decreto 960/08, modificatorio del decreto 690/06]... podría resultar insuficiente para garantizar el derecho afectado... la demandada deberá proveer... un subsidio que les permita, a la actora y a su grupo familiar, abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado”.

Sin embargo esa decisión fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia local, que decidió reenviar la causa a la cámara para que dictara un nuevo fallo, de conformidad

5. La Corte dijo: “Que a la hora de examinar la respuesta que en materia habitacional prevé la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para atender a una situación extrema como la de la actora, resultan ilustrativas las palabras de la citada Ministra que, en la ya aludida audiencia, afirmó que ‘dentro de los programas de vivienda definitiva no hay uno específico para personas en calle’”, “CSJN, Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo”, sentencia del 24/04/2012, párr. 13.



con los criterios fijados ya en la causa “Alba Quintana”,⁶ del 12 de mayo de 2010, a cuyos argumentos y conclusiones se remitió.

Una de las cuestiones más relevantes para la justicia de la Ciudad de Buenos Aires es que la Corte Suprema desarmó esta línea argumentativa que venía sosteniendo el TSJ, que utilizaba una interpretación sesgada de los estándares internacionales en materia de derechos sociales, de un modo tal que llegaba a negar su eficacia. Básicamente, el tribunal local, utilizando algo que podría ser enunciado como un principio *contra hominem*,⁷ reduciendo la comprensión del “contenido mínimo” de las obligaciones en materia de derechos sociales, mal traduciendo el término *shelter*, omitiendo la observación general N° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (específica sobre el contenido del derecho a la vivienda) y entendiendo la progresividad como una obligación a ser medida respecto al conjunto general de la población, y no según lo que toque a cada individuo,⁸ arribaba a la errática conclusión de que el gobierno local satisfacía el derecho a la vivienda de los reclamantes a través de las redes de albergues y paradores nocturnos y por lo tanto rechazaba los amparos en esta materia.

II. EL OBSTÁCULO DE LA FALTA DE SENTENCIA DEFINITIVA

Para abrir el recurso y poder resolver el caso la Corte tenía que sortear un requisito que era frecuentemente utilizado por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para rechazar los recursos extraordinarios que se le presentaban en estos casos, arguyendo que al haber devuelto el expediente a la segunda instancia para dictar nuevo fallo, no se cumplía el requisito de “sentencia definitiva”.

Para la Corte, la sentencia apelada resultó equiparable a definitiva, ya que la cuestión federal que da sustento al planteo de la actora fue resuelta por el Superior Tribunal local y, en este punto, la decisión había quedado firme. Para nuestra Corte, el alcance que el supremo tribunal local otorgó al derecho constitucional a la vivienda digna y la validez del programa de subsidios de la Ciudad ya no podrían ser discutidos ante la Cámara,

6. Sobre el contenido y la crítica a este fallo, puede verse: CONSTANTE, Liliana, “Sobre el Derecho Humano a la vivienda: a propósito del lamentable fallo del TSJ en el caso ‘Alba Quintana’”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la CABA*, N° 1, p. 75, y en GARGARELLA, Roberto y MAURINO, Gustavo, “Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del TSJC”, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, 2010, abril, pp. 10-18.

7. Utilizo esta denominación como un juego de palabras para referirme a una heurística que interpretaba el caso en contra de la vigencia de los derechos o de la forma menos favorable para la persona, en abierta contradicción con el principio *pro homine*, que debería guiar la interpretación en estos casos.

8. Esta errática interpretación de los DESC (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) sigue la muy criticada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”, sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, párr. 147 y 148. Para un análisis extenso y crítico del caso, ver: COURTIS, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en COURTIS, Christian; HAUSER, Denise y RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, pp. 1 a 66.



cuya intervención se limitaría a aplicar los criterios fijados por el Superior Tribunal a las circunstancias fácticas de la causa. Es decir, en cuanto al derecho aplicable estaba todo dicho, por lo tanto se puede considerar esta decisión como equiparable a una decisión definitiva, siguiendo una basta jurisprudencia del máximo tribunal.

III. DE LA SITUACIÓN PARTICULAR A LA GENERAL. LOS PROBLEMAS PERSONALES SON CAUSADOS POR LAS FALENCIAS DE LA POLÍTICA PÚBLICA

La Corte precisó con detalle las circunstancias personales de la Sra. S. y su hijo, pero pudiendo restringir su consideración a este plano, aprovechó cada una de estas realidades para criticar, de manera a veces directa y otras indirectamente, las políticas públicas en materia de vivienda de la Ciudad. Así el texto de la sentencia hace referencia a que la situación personal, económica y social de la demandante que no le permite procurar medios para acceder a un lugar para vivir (párr. 7° *in fine*), las condiciones edilicias del Hotel no adecuadas para la patología del niño (párr. 13°), para luego saltar a afirmaciones tales como: “No hay programas de vivienda para personas en situación de calle” (párr. 13°) y “este menú de soluciones brindado por la demandada para dar cumplimiento a la manda contemplada en los arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 31 de la Constitución local aparece como insuficiente para atender la particular situación de la actora”.

Por fin, la Corte se anima a advertir que “la ausencia de una planificación coordinada y adecuada por parte de la demandada hace que en la actualidad deba erogar, por una básica habitación en un hotel en el barrio de Floresta, valores que exceden a los requeridos en el mercado inmobiliario por el alquiler de un departamento de dos ambientes en el mismo barrio” (Considerando 15° *in fine*). Lo que equivale a concluir que por causa de la ausencia de planificación el Estado paga más caro, es decir, elige soluciones menos efectivas para la relación costo beneficio.

Partiendo de ese diagnóstico, la Corte se refirió en términos generales a la “ausencia de plan de viviendas definitiva” en sintonía, aun sin mencionarlos, con varios informes de organizaciones de derechos humanos de los últimos años,⁹ a la “imposibilidad de acceder a las líneas de crédito previstas en la ley 341 por carecer de un ingreso mínimo que supere los \$ 2000”, lo que identifica todo el universo de personas que están por debajo de este nivel de ingreso”, para luego afirmar que las alternativas propuestas se reducen al alojamiento en el sistema de paradores, hogares y refugios o a la entrega del beneficio previsto en el decreto 690/06, los que seguidamente pasó a impugnar.

En primer lugar, se refirió a los paradores señalando lo inadecuado para la patología del niño, por sus condiciones edilicias al carecer de habitaciones o baños privados y

9. Ver “Sin techo, sin derecho. Algunos casos que ejemplifican la ausencia de una estrategia de vivienda social en la Argentina”, en CELS, *Derechos Humanos en la Argentina. Informe Anual 2002 - 2003, Siglo XXI*, 2004; y Centre on Housing Rights and Eviction (COHRE) y TEDESCHI, Sebastián, *El derecho a la vivienda en Argentina*, COHRE, Ginebra, 2005.



alojar a más de una familia. Para ilustrarlo la Corte refirió a las informaciones provistas por el Defensor Oficial ante la Corte, quien retrató pormenorizadamente las graves afectaciones en la salud del niño y su desarrollo evolutivo como consecuencia de haberse alojado en hoteles con baños y cocinas comunes.

En segundo lugar, analizó el programa de “Atención para Familias en Situación de Calle” creado en el decreto 690/06 y consideró que este tampoco brinda una respuesta que atienda suficientemente a la situación, ya que dicha asistencia no solo no constituye una solución definitiva al problema habitacional de este grupo familiar en situación de extrema vulnerabilidad sino que se limita a brindar un paliativo temporal, cuyo monto, en este supuesto, fue considerado insuficiente por los magistrados intervinientes para atender a las necesidades del caso (párr. 13°).

Sobre estas mismas cuestiones el voto del Dr. Petracchi va más allá y sostiene que “los paradores tampoco resultan suficientes en número para albergar, siquiera transitoriamente, al total de las personas sin techo de la Ciudad de Buenos Aires. Según los dichos de la propia demandada, existen 7 paradores estatales, más otros tantos privados con los que el Estado local tiene convenio. Estos cuentan, aproximadamente, con un total de 1600 plazas. Sin embargo, son 7000 personas por año las que solicitan el subsidio, de las que actualmente 4500 están cobrando el beneficio por haber acreditado carecer de ingresos suficientes para costear una vivienda” (Considerando 14° Voto Dr. Petracchi).

Si bien el análisis de la Corte apunta a explicar que las políticas públicas de la Ciudad son insuficientes para evitar la situación de calle de la Sra. S. y su hijo, el análisis aborda aristas tan generales, que nada obsta a que una evaluación similar se hiciera frente a la mayoría de personas que está en situación de calle que reúnan algunas de las características que las ubiquen en el universo de grupos vulnerables. Pues la concurrencia de varios factores de vulnerabilidad, en este caso pobreza y discapacidad, son bastante frecuentes, aun con otras combinaciones, entre los sin techo de la Ciudad de Buenos Aires. En el ámbito local la lectura fue la más restrictiva posible a partir del fallo K.M.P. del TSJ (con mayoría de los Dres. Conde y Lozano y adhesión del Dr. Casas) mencionado, restringiendo el derecho a un alojamiento a los adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social y las personas con discapacidad que también se encuentren en esta circunstancia y estableciendo una prioridad para el acceso a las políticas sociales que el Poder Ejecutivo establezca, a los que considera en situación de “vulnerabilidad temporal”, dándole primariamente a la Administración ocasión para pronunciarse cómo propone resolverlo.

En este punto vale recordar el compromiso que ha asumido la Corte Suprema de Justicia de la Nación al suscribir las “Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”¹⁰ que identifica entre otros factores que

10. Las reglas fueron aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana,



caracterizan tal condición, los siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de la libertad. Estos factores deben ser complementados con otros que puedan surgir de las normas internacionales, nacionales y locales, lo que amplía el rango de situaciones de vulnerabilidad que pueden ser usados como referencia para analizar en futuros casos, para aplicar la doctrina de este caso.

Por otra parte, el fallo atiende a la situación particular de la Sra. S. como mujer en una relación materno filial, quien también debe ser sujeto de protección social, para quien el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires debe adoptar medidas que no interrumpen la relación y el contacto materno-filial y debe proveer asesoramiento y orientación para la superación de la emergencia (párr. 15° y 16°).

Los jueces del supremo tribunal podrían haber aprovechado el caso para contextualizar la perspectiva de género que ofrecía el conflicto planteado, destacando por ejemplo cómo la situación de calle expone de manera desproporcional a las mujeres a situaciones de violencia.¹¹ Sin embargo, aunque solo se destacó el rol materno como factor que activa la obligación del Estado y no su condición de mujer como sujeto de protección del Estado para garantizar una vida libre de violencia, el fallo abordó al menos parcialmente un aspecto personal de la peticionante. La Corte consideró los sufrimientos de esta mujer en su lucha por buscar un lugar en donde vivir dignamente junto a su hijo para tomar una decisión en donde imputaba la violación de sus derechos sociales por parte del gobierno local, a partir de su política de vivienda inadecuada. Con esto, la Corte le dio relevancia jurídica a un aspecto personal. Luego, al combinar esta consideración con la obligación del Estado en materia de política pública de vivienda, acabó politizando esa consideración de las circunstancias personales. Por eso, como dijimos al comienzo, para la Corte, al menos en este caso: “lo personal es político”.

IV. LA ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES

El máximo tribunal de Justicia de nuestro país se tomó el trabajo de componer un complejo sistema de fuentes para determinar el alcance del derecho a la vivienda. Aunque esta amplitud venía sugerida en fallos anteriores sobre derecho a la salud y a la seguridad social, la composición del marco jurídico aplicable en el caso Quisberth, configuran la referencia más completa en materia de derechos sociales. El camino seguido

el 6 de marzo de 2008, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación manifestó su adhesión a través de la Acordada N° 5/2009.

11. Sobre este aspecto, ver TULIANO CONDE, Romina y TEDESCHI, Sebastián, “Desalojos, vivienda y violencia contra las mujeres”, en CHINKIN, Christine et. al., *Violencia de Género: Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Ed. Defensoría General de la Nación, 2012.

por la Corte en este sentido consolida una interpretación integrativa del conjunto de normas constitucionales, de derecho internacional y de reglas locales que permiten determinar el alcance de las obligaciones del Estado en materia de los derechos sociales.

Los derechos que utiliza con amplia fundamentación la Corte son el derecho a la vivienda y el derecho a la protección de los niños con discapacidad, haciendo énfasis en las obligaciones y en la importancia de estos derechos con relación a la salud del hijo de la Sra. Q.

En este sistema de fuentes la Corte comienza con el derecho a la vivienda protegido por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, reconociéndolo como tributario de aquel art. 37 de la Constitución de 1949 (párr. 8.I) y dentro de los beneficios de la seguridad social que tienen el carácter de integral e irrenunciable. Complementa su contenido con los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados a la carta magna en la reforma de 1994, haciendo énfasis en la obligación de adoptar medidas para asegurar su efectividad, citando los arts. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 27.1 y 27.3 de la Convención de Derechos del Niño, 17 y 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Considerando 8°).

Con relación a la obligación de promover medidas de acción positiva para garantizar goce y ejercicio de derechos de niños con discapacidad menciona los arts. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional y 7.1, 7.2., 28.2. inc. d) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y 3 de la Convención Interamericana de Derechos de las Personas con Discapacidad (Considerando 8°).

Una mención clave se lleva la ley 3706 de protección integral de personas en situación de calle que, además de destruir la tesis del tribunal superior de la Ciudad en tanto considera que las personas que son albergadas en los paradores se consideran aun en situación de calle,¹² establece la necesidad de formular políticas frente a ellos (Considerando 8° de la Sentencia y Ley 3706).¹³ Finalmente, la decisión también menciona la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

12. Ley 3706, Art. 2, inc. 1: “A los fines de la presente Ley se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno”.

13. Ley 3706, Art. 4: “Es deber del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantizar: a. La promoción de acciones positivas tendientes a erradicar los prejuicios, la discriminación y las acciones violentas hacia las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle; b. La remoción de obstáculos que impiden a las personas en situación de calle o en riesgo a la situación de calle la plena garantía y protección de sus derechos, así como el acceso igualitario a las oportunidades de desarrollo personal y comunitario; c. La formulación e implementación de políticas públicas en materia de salud, educación, vivienda, trabajo, esparcimiento y cultura elaboradas y coordinadas intersectorial y transversalmente entre los distintos organismos del Estado; d. Propender a la realización de acuerdos interjurisdiccionales para el diseño y ejecución de acciones conjuntas; e. La promoción de una cultura y educación basadas



El fallo es ejemplificador para todos los jueces que tengan que resolver conflictos en los cuales están en juego derechos sociales, en tanto deberán utilizar este amplio espectro de fuentes para interpretar el alcance de las obligaciones jurídicas en juego.

V. EL DERECHO A LA VIVIENDA ES UN DERECHO OPERATIVO (DE OPERATIVIDAD DERIVADA)

La Corte afrontó una pregunta que implicaba ponerse de frente a ciertas tendencias que reinaban en la cultura jurídica con los derechos sociales, pero en particular con el derecho a la vivienda. La pregunta puede ser formulada como: ¿Es el derecho a la vivienda un derecho operativo?, es decir, ¿es un derecho auto exigible para todos?

Para resolverla, el voto de la mayoría “sostuvo que, los derechos que había retratado en el sistema de fuentes, son normas jurídicas con vocación de efectividad” (párr. 10°), “pero con operatividad derivada” (párr. 11°).

Para el voto de mayoría, la efectividad de los derechos se explica en tanto

“la Constitución Nacional reconoce derechos humanos para que estos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquella les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe ‘garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos’ (Fallos: 327:3677; 332:2043) y ‘garantizar’, significa ‘mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas’, según indica en su Observación General n° 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tomada en cuenta ya que comprende las ‘condiciones de vigencia’ de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional”.

También para el voto del grupo mayoritario esta operatividad no es directa en el sentido de que “en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial (Considerando 11°) (...) sino que se trata de derechos

en el respeto y solidaridad entre todos los grupos sociales; f. La capacitación y formación interdisciplinaria de los trabajadores dedicados a llevar a cabo la política pública sobre las personas en situación de calle o en riesgo a la situación de calle; g. el acceso prioritario a los programas de desintoxicación y tratamientos para condiciones asociadas al abuso de sustancias, la salud mental y las discapacidades de acuerdo a las particularidades del sujeto que solicita el servicio, en el caso de personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle con discapacidad y adicciones; h. La orientación de la política pública hacia la promoción de la formación y el fortalecimiento de las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle, e i. La participación plural, activa y democrática de las organizaciones de la sociedad civil integradas o no por personas en situación de calle o en riesgo a la situación de calle y organizaciones no gubernamentales, en la elaboración, diseño y evaluación continua de la política pública, entre otras”.



fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es decir que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial” (Considerando 12°).

Para explicar lo razonable, el fallo recurrió a una cita de John Rawls, que más que aclarar oscurece tanto “el sentido de lo razonable” como lo oportuno de esa afirmación en esta fase de la argumentación. Tal vez en este punto el Tribunal podría haber presentado sintéticamente el verdadero contenido de su análisis de razonabilidad, como efectivamente utilizó en los parágrafos 12° y 13° al analizar la “adecuación”, la “necesidad” y la “relación costo-beneficio” de las políticas implementadas.

El tema motivó también el voto por separado del Dr. Petracchi, quien fue más claro en este punto. En su argumentación, el magistrado, aun compartiendo el punto de partida del voto mayoritario, en cuando a que “el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa, necesariamente, el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad”; sostuvo que “esa reglamentación debe respetar tanto la finalidad como los límites impuestos por las normas de jerarquía superior, en este caso, la Constitución Nacional y el PIDESC” (Considerando 10° Voto Petracchi). Para evaluar esta adecuación, el juez propuso considerar:

a) Las medidas adoptadas deben ser proporcionadas, esto es, adecuadas para alcanzar, a partir de la realidad que pretenden regular, la finalidad impuesta por la Ley Fundamental (art. 28 de la Constitución Nacional y Fallos: 243:449 y 467; 248:800; 313:1638; 330:855; 334:516, entre otros). Ello implica que el Estado debe tener en cuenta las distintas capacidades personales, sociales y económicas de los habitantes y, sobre esa base, implementar políticas apropiadas y conducentes para lograr que todos tengan la oportunidad de acceder a una vivienda digna.

b) El diseño de las políticas públicas debe tener en cuenta las normas y principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que estos son valorados por el ordenamiento jurídico en su conjunto. En particular, tiene que respetar las prioridades que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales y a los grupos más vulnerables de la población, tal como se señaló en el Considerando 8°.

c) El Estado debe realizar el mayor esfuerzo posible, en razón de lo previsto por el PIDESC, para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad del derecho a la vivienda digna de todos sus habitantes”.

Más allá de la posible inconsistencia que podamos ver en la argumentación del grupo mayoritario, lo cierto es que el control de razonabilidad que implementan es un gran avance y tiene un enorme potencial para el control judicial de otras políticas sociales, no solo las referidas al derecho a la vivienda. Si omitimos el primer enunciado, que no quita



ni agrega al método de análisis de la Corte, las pautas que efectivamente utiliza para evaluar la razonabilidad, sirven de gran ayuda para evaluar la adecuación, la necesidad y las posibilidades de costo-beneficio de las diferentes políticas sociales que se implementen. Esto, claro está, habiendo demostrado el encuadre de un caso en una situación de extrema vulnerabilidad, de la que se nos escapan millones de casos en nuestro país.

VI. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES SON REVISABLES JUDICIALMENTE

Como explicamos en el punto anterior, la noción de operatividad derivada le sirvió a la Corte para sentirse habilitada para realizar una revisión judicial de las políticas públicas de vivienda, mediante el control de razonabilidad. Ahora pasemos a describir en qué consistió esta revisión y en qué medida esto puede servir de base para futuros casos.

En primer lugar, la Corte incorpora la interpretación que vienen haciendo los órganos de aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, siguiendo una pauta que ya había sido sentada en referencia con otros derechos sociales.¹⁴ Para ello, se refiere a las garantías mínimas del derecho fundamental como un límite a la discrecionalidad del Estado en las políticas públicas (párr. 12º). Sobre este aspecto la Corte afirma que:

“En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle. La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad”.

Seguidamente, la Corte pasa a realizar su examen de razonabilidad. Como punto de partida el tribunal se pregunta si la respuesta dada por el Gobierno es adecuada para garantizar el contenido mínimo de los derechos (Considerando 13º). Para responderla analizará cada uno de los programas en su capacidad de responder a las necesidades de la peticionante y su hijo. Para ser breve me remito a lo expuesto en el punto III de este trabajo.

14. Ver CSJN, caso “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688” (21/09/2004): “En este orden de ideas, cuadra poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia”.



Frente al problema, la Corte se auto limita como poder con funciones de control (no de ejecución) y sostiene que “no hay una manera de responder al derecho a la vivienda, pero constata que resulta evidente que el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S. Y. Q. C. y su hijo no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere. Por ello concluye que las alternativas implementadas por la Ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente” (Considerando 13° *in fine*).

Finalmente, para el máximo tribunal, “es importante destacar que la propia normativa local que rige esta materia pone en cabeza de la administración el deber de articular la intervención de los distintos programas públicos que correspondan actuar para que la actora y su hijo puedan superar su especial grado de vulnerabilidad así como también el deber de asesorar a la primera en búsqueda de estrategias integrales que le permitan encontrar una solución al problema habitacional que motivó esta demanda, obligaciones que, en el caso, no fueron cumplidas en forma acabada y total” (Considerando 15°).

VII. LOS LÍMITES PRESUPUESTARIOS NO SIRVEN DE EXCUSA PARA INCUMPLIR LOS DERECHOS SOCIALES

Uno de los argumentos centrales sobre el que hizo hincapié la Procuración de la Ciudad de Buenos Aires era la “inelasticidad” del presupuesto y que las presentaciones judiciales que reclamaban la garantía del derecho a la vivienda chocaban contra la limitación presupuestaria.

Aprovechando esta controversia, la Corte se avocó a la cuestión de los límites presupuestarios como excusa para incumplir los derechos sociales. Este es uno de los aspectos en los que la Corte hiló más fino y proveyó una valiosa herramienta para evaluar la idoneidad de los esfuerzos realizados por el Estado para lograr la efectividad de los derechos sociales. Aunque el análisis se circunscribe al caso, los indicadores son pautas que ya han sido propuestas a nivel internacional como criterios para medir la obligación del art. 2 del PIDESC en cuanto establece que el Estado “adopte medidas (...) hasta el máximo de los recursos disponibles” con el objeto de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el PIDESC.



Aun reconociendo que las obligaciones de hacer implican un costo,¹⁵ la Corte, citando al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU,¹⁶ entiende que “la disponibilidad de recursos condiciona las medidas a adoptar pero no modifica el carácter inmediato de la obligación. La obligación de satisfacer los derechos sociales sigue en pie. Los Estados tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad”. Complementa este criterio con un límite a la justificación basada en escasez de recursos, válido aun para momentos de crisis económica. Así el Tribunal sigue al Comité al sostener que: “los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo” (Considerando 14°).

Para poder determinar si el Estado está realizando el esfuerzo suficiente, la Corte propone, citando la mencionada declaración del Comité DESC, considerar: a) el nivel de desarrollo del país, b) situación económica del país al momento y c) si el Estado intentó encontrar opciones de bajo costo (punto 10 de la Declaración del Comité DESC citada).

Por ello concluye que: “el argumento de la utilización de los máximos recursos disponibles parece subordinado a un análisis integral por parte de la Ciudad de la asignación de sus recursos presupuestarios, que no podrá prescindir de la obligación primera que surge de los tratados a los que se comprometió la Argentina, que es dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos” (Considerando 14° *in fine*).

Finalmente la Corte afirma que no importa el *precio* del servicio que paga el Estado sino la *calidad* en cuanto la adecuación a las necesidades. La inversión debe ser adecuada. La idoneidad del gasto no está en el monto sino en su capacidad de superar la situación o paliarla (Considerando 15°).

VIII. CONCLUSIONES

Con este análisis pretendí destacar algunos principios, líneas de interpretación y contenidos que ofrece esta feliz decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

15. Me inhibo de plantear aquí la discusión acerca del costo de los derechos como un débito de las obligaciones de hacer o de los derechos sociales que ya han sido ampliamente tratadas por COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor en *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta S.A., Madrid, Colección Estructuras y Procesos, serie Derecho, 2002 y en HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011. También omito discutir la noción de “recursos” en el sentido de que ellos no son solamente presupuestarios, sino también normativos y gerenciales. Para ser didáctico, podría decir que una buena distribución de los cuadros del Estado y normas impositivas progresivas puede tener un efecto mucho mayor en la distribución de bienes que una inversión directa del Estado, sin menospreciar su valor.

16. La Corte reproduce el punto 4 de la Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos que disponga”, de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto: Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, E/C. 12/2007/1.



El fallo Q. C., S. Y. no representa todo a lo que aspiramos en materia de exigibilidad judicial del derecho a la vivienda pero es un paso más que significativo y valioso que ha dado la Corte, ofreciendo una rica gama de posibilidades para futuros litigios, no solo en materia de vivienda sino en general sobre derechos económicos, sociales y culturales.

Recordemos para concluir que el fallo: i) ataca frontalmente el criterio que venía sosteniendo el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad y obliga a replantear su noción de derecho a la vivienda; ii) traspasa el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la evaluación de las violaciones de los DESC en un caso concreto; iii) establece un nivel de exigibilidad judicial de los DESC cuando concurren factores de vulnerabilidad; iv) construye la noción de operatividad derivada que archiva los argumentos de los derechos sociales como programáticos; v) ejemplifica cómo componer el sistema de fuentes cuando un tribunal se avoca a la resolución de un conflicto en materia de derechos económicos, sociales y culturales; vi) ofrece un criterio claro para realizar la revisión judicial de políticas sociales en un caso de personas en situación de vulnerabilidad; y vii) desvirtúa las excusas para incumplir del Estado fundadas en la limitación de recursos presupuestarios.

Estos avances no son poca cosa en materia de derechos sociales y nos dan motivos para celebrar por el logro conquistado. Aun cuando se presentan enormes desafíos para la implementación de la decisión de la Corte, lo que requerirá de esfuerzos no menores de los defensores de la Sra. Q., nos quedan también pendientes otros grandes desafíos como ampliar la protección judicial a cualquier persona en condición de vulnerabilidad, sin necesidad de recurrir a una compleja clasificación de situaciones para ser sujeto de protección judicial para el acceso a una vivienda.



9.

“CHIANALINO ALICIA DEL CARMEN C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS”

INCORPORACIÓN A LA PLANTA PERMANENTE TRABAJADORA DEL
TEATRO COLÓN

Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA

14 de septiembre de 2009



LAS PARADOJAS DEL EMPLEO PÚBLICO COMENTARIOS AL CASO “CHIANALINO ALICIA DEL CARMEN C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS”

Por Miriam M. Ivanega*

SUMARIO

1. La Sra. Alicia del Carmen Chianalino promueve una demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (CABA) con el objeto de que se reconozca su derecho a quedar comprendida en el Anexo IV del Decreto N° 491/03 y, en consecuencia, se ordene su incorporación a la Planta Permanente del Teatro Colón (en adelante el Teatro) con efecto retroactivo al 1° de abril de 2003 –conforme establece la norma– debiendo quedar incluida, desde esa fecha, dentro de las previsiones que la Ley 471 establece para el personal de Planta Permanente. Asimismo solicita que se condene al GCBA a pagar –desde la fecha mencionada– las diferencias salariales derivadas de dicha declaración con más los aportes y contribuciones, sueldo anual complementario y vacaciones.

Con una antigüedad aproximada de veintiún (21) años, la situación laboral de la actora se caracterizó por una maraña normativa, predominando los vínculos precarios de empleo (contratada y transitoria).

2. En la sentencia se realiza una interpretación exhaustiva de los derechos de los empleados públicos, en particular de la carrera administrativa, para luego considerar la configuración de la desigualdad en la que queda subsumida la Sra. Chianalino, al excluírsele del alcance de normas que incorporaron a personal contratado a la planta permanente.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Magíster en Derecho Administrativo, Profesora de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Asociada de la Universidad Nacional de La Matanza, Profesora de posgrado en universidades públicas y privadas del país y del exterior. Vicepresidenta de la Asociación Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, Consejera Consultiva de la Confederación Internacional de Derecho Disciplinario, Miembro Honorario de Asociaciones internacionales de derecho público de México, Nicaragua, Cuba, República Dominicana y Brasil, entre otros, Vocal del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Es la Autoridad de aplicación de la Ley de Ética Pública del Consejo de la Magistratura de la CABA.



3. Resulta relevante el análisis que se efectúa de los principios del derecho laboral y su carácter expansivo a todo tipo de relación jurídica de empleo, para evaluar las circunstancias de hecho y de derecho involucradas en el caso.
4. Se hace lugar a la demanda, aun cuando se limita el alcance de la pretensión (Considerando XVI del Dr. Corti).

COMENTARIO AL FALLO

I. HECHOS RELEVANTES

La descripción de los hechos contenidos en la sentencia es una clara muestra tanto de la complejidad que presentaban las relaciones de empleo en el Teatro Colón, como de la ausencia de una política pública integral en la materia.

El detalle preciso contenido en el voto del Dr. Corti es prueba de estas consideraciones.

De las circunstancias fácticas y jurídicas involucradas en el caso, a nuestro entender merecen ser puntualizadas las siguientes:

1. El Personal del Teatro Colón conforma tres grupos de empleados: a) el cuerpo artístico, constituido por ballet, coro, orquesta estable y orquesta filarmónica; b) secciones escenotécnicas y c) servicios auxiliares.
2. La actora desde su ingreso en el año 1988 (por medio de un concurso abierto internacional) ocupó ininterrumpidamente el cargo de violinista de segunda fila de la Orquesta Filarmónica de Buenos Aires, vinculándose por medio de contratos sucesivos instrumentados de diversa índole.
3. Por Decreto N° 732/00 el Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, dispuso la convocatoria a concurso para efectuar designaciones en los cuerpos artísticos, escenotécnicos y de servicios auxiliares del Teatro.
4. En ese mismo año, se dictó la Ley N° 471 de “Relación de Empleo Público en la Ciudad de Buenos Aires”, norma que además de exigir el ingreso al empleo público por medio de concurso público abierto, propuso revisar la situación de los agentes contratados, que observasen características de regularidad y antigüedad en la Administración, en actividades y funciones habituales de las plantas permanentes y/o transitorias.
5. Con base en esa norma legal y otros decretos, el Secretario de Cultura llamó a concurso abierto para la cobertura de los cargos vacantes, enumerando únicamente a los cargos artísticos y omitiendo disponer los cargos a concursar del personal



escenotécnico y de servicios auxiliares, circunstancia que la actora considera discriminatoria.

6. Luego, mediante el Decreto N° 2086/01, de diciembre de 2001, se aprobó –a partir del 1° de enero de 2002 y hasta la finalización de los concursos respectivos– la distribución de cargos de la Planta de Personal Transitorio del Teatro, cuya nómina se detalló en un anexo, entre los cuales se encontraba el grupo P-26, al que pertenecía la actora. El personal –que carecería de estabilidad y cuyo cese podía disponerse sin expresión de causa o en oportunidad de la aprobación de los respectivos concursos– percibiría una única retribución de carácter remunerativo, que sería objeto de aportes y contribuciones. Motivado por esa norma, el Jefe de Gobierno designó como personal de Planta Transitoria a diversos agentes de los Cuerpos Artísticos (entre los que se encontraba la actora), Secciones Escenotécnicas y Servicios Auxiliares, a partir del 1° de enero de 2002 y hasta el 31 de diciembre de 2002.
7. En diciembre de 2002 la actora se presentó a la evaluación técnica del concurso mencionado, para cubrir cinco cargos de primer violín de fila y cinco cargos de segundo violín de fila, quedando en sexto lugar para el cargo de primer violín. Tuvo conocimiento del dictamen del jurado, pero no se resolvió quiénes habían ganado el concurso.
8. En cumplimiento del Título II de la Ley 471 se llevaron a cabo negociaciones colectivas, relativas a la incorporación a la Planta Permanente del personal que se desempeñaba en las Plantas Transitorias no docentes y su consiguiente estabilidad laboral.
9. Por Decreto N° 491/03 se convalidan dichos acuerdos y se establece que los cargos en las dotaciones de las plantas transitorias no docentes vigentes al 1° de abril de 2003 pasarían a ser cargos de la planta permanente del GCBA, los que se cubrirían conforme lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de dicho cuerpo normativo. “El artículo 2, que aquí interesa, dispuso que el personal designado en la Planta Transitoria no docente del GCBA con anterioridad al 1° de marzo de 2002 y que continuara en la actualidad (29/04/2003) en tal carácter, quedaría comprendido a partir del 1° de abril de 2003 dentro de los alcances establecidos en la Ley N° 471 para el personal de Planta Permanente de la Administración central, según la nómina que se adjuntó en el anexo IV, en el que no figuró la actora” (Voto del Dr. Corti). De acuerdo a la descripción contenida en la sentencia, la actora consideró que se encontraba alcanzada por el mencionado decreto, por haber cumplido acabadamente con los requisitos del Artículo 2.
10. Posteriormente, el Jefe de Gobierno dictó el Decreto N° 558/03 que reconoció los servicios prestados por diversos agentes de la Planta Transitoria del Cuerpo



Artístico del Teatro entre el 1º y el 31 de enero de 2003 y por diversos agentes de la Planta Transitoria de Secciones Escenotécnicas y Servicios Auxiliares del Teatro por un lapso mayor –entre el 1º de enero y el 31 de marzo de 2003– “y como consecuencia de ello, consideró a estos dos últimos grupos de empleados alcanzados por las disposiciones del Decreto N° 491/03, ampliándose así la nómina del anexo IV del referido decreto”. La demandante entendió que se confirió un trato discriminatorio al cuerpo artístico carente de sustento normativo alguno, puesto que, a pesar de reunir todas las condiciones previstas en el Decreto N° 491/03, no fue incluida en el referido anexo.

11. Por Decreto N° 660/03, se dispuso la designación a partir del 1º de febrero de 2003 –es decir, en forma retroactiva– de los agentes ganadores del concurso para la cobertura de los cargos correspondientes al Cuerpo Artístico del Teatro, entre los cuales no se encontraba la actora.
12. En julio de 2003, recibió un telegrama donde se le comunicó la baja de la planta transitoria, es decir, su despido.
13. Después de ello, continuó prestando servicios por medio de contratos de locación de servicios puntuales, por montos menores y sin aportes y contribuciones hasta noviembre de 2005, oportunidad en la cual la Sala I del fuero dictó una medida cautelar a través de la cual se prohibió al GCBA innovar en la situación laboral de la actora y le ordenó que continúe el pago de los haberes que percibía en abril de 2003, esto es, como si fuera integrante de la planta transitoria.
14. Mediante Decreto N° 1077/08, se dispuso la incorporación sin concurso a la planta permanente de músicos de la Orquesta Filarmónica de Buenos Aires, y a cantantes del Coro Estable (los otros miembros del Cuerpo Artístico, algunos de los cuales no habían entrado en el concurso y siguieron prestando servicios como contratados, al igual que la actora).

Conforme se señaló, la actora no fue alcanzada por ese decreto, dado que si bien prestaba servicios para el Colón como contratada desde julio de 2003, en noviembre de 2005 el Tribunal dictó la cautelar referida.

Ahora bien, los tres magistrados (en votos individuales) coinciden en hacer lugar a la pretensión, con el alcance otorgado en el Considerando XVI del Voto del Dr. Corti.¹

En la especie, coincidimos con el criterio del Dr. Balbín, que circunscribe el análisis a los hechos y las normas que generan una situación injusta para la actora, a quien se

1. “XVI. En este orden de consideraciones estimo que la solución que más se ajusta a derecho y a las características del caso es ordenar al GCBA que permita incorporar a la Sra. Chianalino en el último de los regímenes de regularización dispuesto, esto es, en el Decreto N° 1077/08. Con respecto a las diferencias salariales solicitadas por la actora en la demanda, considero que ellas deben ser abonadas, correspondiendo su liquidación a partir de la regularización dispuesta por el decreto antedicho, con más sus intereses.”



le niega el ingreso a la planta permanente del Teatro Colón. Tal como se comentó, por Decreto N° 1077/08, la Administración incorporó a la Planta Permanente de la Dirección General del Teatro Colón al personal contratado de la Orquesta Filarmónica de la Ciudad de Buenos Aires. La actora no resultó alcanzada por tales previsiones, a consecuencia de una medida cautelar judicial que ordenaba que no se innovara en su situación de transitoriedad.

II. LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Reiteramos el entramado de normas y situaciones que presenta la controversia. Sin perjuicio de ello, a nuestro criterio los aspectos que merecen un particular comentario son los vinculados al derecho a la carrera administrativa, la aplicación del principio de igualdad frente a decisiones de excepcionalidad al régimen jurídico y la incidencia de los principios del derecho laboral.

II. 1. La carrera administrativa

Este aspecto del empleo público generalmente es objeto de análisis parciales, que no reparan en la relación inescindible que existe entre su caracterización como derecho del agente público y los beneficios que su configuración origina en la organización.

En efecto, la implementación de carreras administrativas conforme a criterios de idoneidad, objetividad e igualdad, tiene efectos directos en la eficiencia y la eficacia que deben regir en aquella. Ello obliga a que el diseño de los sistemas de carrera deban ser efectivos en relación con los objetivos institucionales, de forma que se integren a las otras herramientas de gestión.

Corresponde tener en cuenta que la incorporación y promoción de agentes públicos capacitados contribuye a mejorar los servicios y prestaciones de los organismos públicos, además de imprimir motivación a los planteles de personal. Por estas causas, entendemos que la Administración tiene el deber de articular todos los medios para hacer efectiva esa carrera.

En virtud de ello, creemos que estamos frente a una figura que reviste los caracteres de *derecho-deber-principio: derecho de los agentes públicos, deber de la Administración, principio de la organización*. Este es el contexto bajo el cual, a nuestro entender, debe analizarse el caso judicial aquí comentado.

En la sentencia, con remisión a decisiones anteriores (por ejemplo: “Angelastro Cristina contra GCBA sobre empleo público (no cesantía ni exoneración)”, sentencia del 29/12/2005, y “Di Salvo c/GCBA s/Amparo”, Expte. EXP. 7745/0, sentencia del 22/12/2004) se puntualiza que el sistema de concursos configura un principio general



en lo que concierne a ingreso y promoción en materia de empleo público, que emerge en primer término del artículo 16 de la Constitución nacional y de la Constitución de la Ciudad, en particular del artículo 43, que garantiza un régimen de empleo público que asegura la estabilidad y capacitación de sus agentes, basado en la idoneidad funcional. Allí se consagra que: “Se reconocen y organizan las carreras por especialidad a las que se ingresa y en las que se promociona por concurso público abierto”.²

Se advierte entonces que la carrera administrativa se presenta en dos facetas: en la modalidad del ingreso y en el progreso o promoción dentro de la estructura. La garantía de la estabilidad está presente en ambos sentidos.³

Por lo tanto, en su configuración se prioriza el desempeño de los empleados y el aumento gradual de su capacidad y experiencia, lo que coadyuva a un incremento proporcional a su rendimiento y eficacia. Es así como la Administración aprovecha esas mejores condiciones, llevándolos a que cubran cargos o funciones más importantes y de mayor responsabilidad.

Bajo ambas perspectivas, se trata de un derecho que se corresponde con un deber de la Administración Pública: efectivizarla.

Las normas legales contemplan tanto el ingreso a la Administración como el desarrollo posterior, a través de procedimientos de selección que deben convocarse para dichos fines.

El esquema o plan de carrera se convierte en un elemento estructural en las relaciones de empleo, sin que exista un único modelo, aunque el más común es el que prevé los concursos abiertos y cerrados, según los sujetos a los que está dirigido y pueden presentarse a la convocatoria.

Como sostuvimos, es esencial comprender el significado que revisten esos procedimientos para la propia organización y para el trabajador público, en la medida que los fines de aquella y las expectativas de este constituyen referencias ineludibles para el diseño.

Lo cierto es que cualquiera fuese el sistema de carrera, el mérito y la capacidad son referencias obligatorias, resultando fundamental que la regulación normativa fije los principios, los fines, las etapas y las condiciones objetivas a cumplir. Reglas claras, precisas, imparciales, con el objeto de evitar el “direccionamiento” de procedimientos.

Es por ello que un régimen de ingreso y progreso en la estructura de la Administración Pública obliga a la incorporación de datos y parámetros jurídicos, económicos, culturales y sociológicos. Será recurrente entonces el tipo de organización a la cual nos

2. Voto del Dr. Corti, “IX. 1. Concurso para el acceso al empleo público”.

3. Ivanega, Miriam M., *Las relaciones de empleo público*, cap. II., Buenos Aires, La Ley, 2009.



enfrentamos (nacional, provincial, municipal, o desde otro ángulo desconcentrada o descentralizada, etc.) y los resortes necesarios para mejorar su funcionamiento.

Es importante remarcar que, en la Administración tradicional, la carrera de los agentes públicos se instituía como un sistema de progresión económica y social, un instrumento de jerarquización, favoreciendo la imparcialidad del funcionario que no estaba sometido a los vaivenes políticos que en general anulaban el mérito individual. Era no solo una garantía, sino también una identificación permanente con las estructuras estatales, misticismo que en la actualidad en parte se ha perdido. Hoy en día la carrera está concebida con una perspectiva funcional como conjunto de oportunidades de ascenso o movilidad que la ley pone a disposición de los agentes y como estímulo del perfeccionamiento del funcionario.⁴

Así, se constituye con el objetivo al cual hacíamos referencia, esto es, contar con personal capacitado, sin dejar de considerar que también trata de asegurar al agente público reglas de juego que le permitan prever sus posibilidades de mejorar profesional y económicamente, con cierta seguridad en los niveles retributivos y de responsabilidad que vaya alcanzando.⁵

Este derecho no se agota con el ingreso y con el ascenso o promoción, pues lo conforma también la llamada profesionalización.

“Profesión” es el arte de profesar, es decir “ejercer una ciencia, un arte, un oficio, etc.”,⁶ noción que se vincula con el contenido del modelo ideal de la burocracia diseñado por Max Weber. El empleado público hace de su actividad una profesión, se perfecciona para cumplir con ella; lo que redundará en beneficio de la Administración.

Esta profesionalización se logra a través de la capacitación y del constante incentivo de poder recorrer en forma ascendente la carrera administrativa.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 7 establece que los Estados parte, cuando sea apropiado y conforme con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Esos sistemas estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud. Además incluirán procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como la rotación de esas personas a otros cargos. Los Estados también deberán fomentar una remuneración adecuada y escalas

4. Sánchez Morón, Miguel, *Derecho a la función pública*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 152-153.

5. *Ibíd.*

6. *Diccionario de la Real Academia Española*. Vigésimo segunda edición.



de sueldo equitativas, teniendo en cuenta el nivel de desarrollo económico estatal, y promover programas de formación y capacitación que permitan cumplir los requisitos de desempeño correcto, honorable y debido de sus funciones y proporcionen capacitación especializada y apropiada, para que sean más conscientes de los riesgos de corrupción inherentes al desempeño de sus funciones.

La experiencia nos muestra que lo hasta aquí expuesto no siempre se ajusta a la realidad que circunda las organizaciones públicas; la trilogía que proponemos (derecho-deber-principios) esconde más ilusiones que concreciones, pues bajo argumentos de política administrativa, reestructuraciones, emergencias, restricciones presupuestarias, se van construyendo vallas que derrumban los esquemas de la carrera administrativa.

Cabe recordar las enseñanzas del catedrático español Garrido Falla quien, aludiendo al modelo de su país entonces vigente, entendía que había dos principios o notas propias a la función pública de toda Administración desarrollada: el acceso a la función pública de acuerdo al principio de mérito y capacidad de los aspirantes y la existencia de una carrera administrativa que ofreciera estabilidad y permanencia. “Todas las demás notas son accidentales, en el sentido de que responden a las características y a la historia de cada país en particular”.⁷

Ahora bien, en la causa judicial aquí analizada la efectividad de la carrera administrativa, si bien es considerada una condición constitucional del empleo público, presenta ciertas particularidades, dado que ella es omitida a través de una serie de decisiones a través de las cuales se regularizó laboralmente la situación de empleados de la Ciudad y entre ellos del Teatro Colón.

Existió por lo tanto un mecanismo de excepción para incorporar a la planta permanente a quienes prestaban servicios en calidad de personal contratado.

Parecería contradictorio, por un lado, defender la carrera administrativa y, por el otro, aceptar la constitucionalidad de tal tipo de medidas que soslayan los requisitos constitucionales y legales.

Sin embargo, resultaría irrazonable y hasta inequitativo discurrir sobre tales soluciones excepcionales, si ellas se adoptan precisamente para revertir situaciones injustas, que muestran un largo tiempo de ausencias de políticas públicas coherentes. Máxime si respetan condiciones de igualdad y generalidad, es decir, no derivan en discriminaciones ilegítimas.

Justamente por ello, se analiza la situación laboral de la actora quien, a pesar de estar vinculada al Teatro Colón durante veintinún (21) años, fue perjudicada por la inaplicabilidad de una norma que la beneficiaba.

7. Garrido Falla, Fernando, *Reformas de la función pública*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 31.



II. 2. La igualdad en el empleo público

La igualdad en el ámbito laboral –público y privado– es una condición ineludible de la dignidad humana.

La protección contra cualquier tipo de discriminación, encuentra su fundamento en el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, que se completa con el artículo 20 que protege una categoría sospechosa de violar la igualdad.⁸

En este último sentido, solo mencionaremos que la reforma constitucional de 1994 dio una nueva impronta al concepto de igualdad, al fijarse criterios más estrictos para justificar tales categorías o clases que implican distinciones que *a priori* son inconstitucionales por ser discriminatorias: esto es, distinciones basadas en el sexo, la edad, la nacionalidad, la raza. A partir de allí la jurisprudencia entendió que verificada la existencia de una categoría sospechosa, debe realizarse el análisis de constitucionalidad en forma más estricta, invirtiéndose la carga de la prueba pues será el Estado quien deba justificar la constitucionalidad de dicha diferenciación. Existe, por lo tanto, una presunción de inconstitucionalidad.

Otra norma relevante es el artículo 37, segundo párrafo CN, que también garantiza la igualdad “de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos”, y atribuye al Poder Legislativo Nacional –conforme al artículo 75, inc. 23– la atribución de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.⁹ Normas específicas de empleo público (Ley N° 25164, Decreto N° 214/06) prevén este principio como condicionante de dicha relación jurídica.

En la CABA la igualdad se encuentra prevista en diversas disposiciones constitucionales, entre ellas: su Preámbulo, artículos 11, 23, 36, 37, 38, 40, 41, 49, 51, 62, 80 inc. 7 y 28.

Específicamente, la Ley N° 471 prevé en su artículo 2: “las relaciones de empleo público comprendidas en la presente ley se desenvuelven con sujeción a los siguientes principios: (...) c. Igualdad de trato y no discriminación”.

8. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 4ta. edición ampliada y actualizada t. I, La Ley, 2008, pp. 231-245. Analiza también otras categorías igualmente sospechosas, que merecieron protección constitucional como la mujer.

9. La Ley N° 23592 establece en el artículo 1: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.



El artículo 9, en su inciso d) contempla como derechos en general el de “igualdad de oportunidades en la carrera administrativa y a la no discriminación por razones de sexo”.

En cuanto a los principios a los que debe sujetarse la carrera administrativa, el artículo 31 en su inciso c) también lo incluye bajo términos similares a los del referido artículo 2.

Por último, el artículo 63, al referirse a las personas con capacidades especiales, prevé la igualdad de remuneraciones.

La reciente Ley contra la Discriminación N° 5261 viene a completar el sistema, expresando el artículo 1 “el principio de no discriminación y prevenir, sancionar y eliminar todas las formas de discriminación, impulsando la implementación y el desarrollo de políticas públicas inclusivas que fomenten el respeto por la diversidad, garanticen el acceso a la justicia y generen condiciones aptas para erradicar la discriminación, la xenofobia y el racismo”. Se trata de una ley de orden público, que entre otros temas describe las situaciones de discriminación y prevé que “las acciones afirmativas que el Estado desarrolla para promover la igualdad de condiciones de grupos víctima de discriminación, en ningún caso se considerarán discriminatorias”.

Finalmente, debe recordarse que diversos tratados internacionales de jerarquía constitucional contemplan el principio en distintas manifestaciones: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2 y 3) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1.1 y 24); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 3 y 5 a 16) y Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); más los Pactos y Convenciones supraleales como, por ejemplo, el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, artículo 3); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículo 6 a); la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

También, el Convenio N° 111 de la OIT, sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, de jerarquía supraleal, obliga a los Estados a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, a través de métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el fin de eliminar cualquier discriminación.



Respecto al empleo público, el principio de igualdad ha sido elemento de interpretación en el análisis de diversas condiciones de dicho vínculo, en cuanto a su ingreso y al desarrollo de la relación.¹⁰

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-18/03, recalca que el principio comentado tiene un carácter imperativo, que rige en el “derecho internacional general”. Entre otros aspectos, tal naturaleza acarrea obligaciones *erga omnes* de protección, que incluyen a los Estados y a los particulares; respecto de los primeros porque les impone el deber de abstenerse de realizar acciones que en forma directa o indirecta creen situaciones de discriminación de hecho o de derecho, a los que se suman las medidas positivas que deben adoptar para revertir situaciones discriminatorias.¹¹

En el caso concreto, la igualdad aparece vulnerada porque, como se consigna, se presenta una situación contradictoria: la actora no pudo ser incorporada a la planta permanente por no reunir las condiciones exigidas por la norma aplicable.

Expresamente considera que “no obstante haber prestado servicios como contratada desde su cese en la planta transitoria –en julio de 2003– hasta el dictado de la medida cautelar reseñada –en noviembre de 2005–, la Sra. Chianalino no pudo ser efectivizada por medio del Decreto N° 1077/08, por no cumplir con el extremo de la norma, relativo a prestar servicios en la modalidad de contratada. Ello así, a partir de una contingencia procesal de naturaleza precautoria destinada a salvaguardar sus derechos. Así pues, de suprimirse hipotéticamente dicha medida, la actora probablemente habría sido alcanzada por las previsiones de este decreto, tal como sucedió con el resto de sus compañeros de trabajo. *Nótese lo paradójico de la situación aquí analizada: desde que la actora presta servicios para el Teatro, la mayor parte del tiempo lo hizo en virtud de contratos de locación de servicios pero luego no ingresó en la planta permanente por no cumplir con el requisito de ser contratada*” (el remarcado nos pertenece).¹²

Recuérdese que la afectada se encontraba amparada por una medida cautelar que ella había solicitado y que le fue concedida, prohibiéndose al Gobierno de la CABA innovar en su situación laboral, ordenándosele que continuara el pago de los haberes que percibía en abril de 2003, como si fuera integrante de la planta transitoria.

En ese contexto, más allá de las diferentes regulaciones normativas a las que estuvo sujeta en cuanto a su situación de revista y variaciones remunerativas, en el fallo se valora que “no parece razonable haber excluido a la actora del sistema general de regularizaciones, instrumentado a través de la sucesión normativa desplegada (...) resulta al

10. CSJN, Fallos 329: 2986; 330: 447; 330:1987; 330:3853; 332:2741.

11. CSJN, Fallos 333:2306.

12. Voto Dr. Corti: “4. Normativa dictada y particularidades respecto de la situación de la actora XI. 2. Hecho jurídico crucial”.



menos incoherente que con posterioridad, a través del dec. 1077/08, haya incorporado en su planta permanente –por medio de una simple evaluación de desempeño– al personal contratado de la OFBA, perteneciente al cuerpo artístico. En un primer momento, la actora debió cargar con la falta de realización de procedimientos de selección –a pesar de prestar servicios como violinista del Colón desde 1988– luego, con las consecuencias adversas de esa actividad tardía y por último con la circunstancia de no encontrarse alcanzada por el decreto citado por haberle sido otorgada una medida cautelar que se suponía era en su beneficio. Es decir, 21 años pasaron del ingreso de la Sra. Chianalino al Teatro Colón y –por los motivos que sea– aún no ha logrado la estabilidad en el empleo público”.¹³

Entendemos que estos argumentos son determinantes para evaluar la afectación de los derechos de la actora derivados de sus vínculos de empleo; que padeció un contradictorio devenir laboral intermitente, con la consecuente afectación de sus remuneraciones y cuyos efectos convierten a las garantías constitucionales en una utopía.

Por último, como indicamos al inicio, el voto del Dr. Balbín contextualiza el principio de igualdad en el alcance del reclamo de la actora, señalando que el hecho de que esta percibiera los haberes como si fuera integrante de la planta transitoria y no como personal contratado –en virtud de la medida cautelar ordenada por un tribunal– no constituye una pauta razonable que justifique el trato desigual hacia aquella, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una medida preventiva caracterizada por su alcance provisorio y que solo modifica el estado existente durante el trámite del juicio (art. 182, CCAyT). “En otros términos, el personal contratado recibió un trato preferencial excluyéndose a la actora que si bien era contratada se hallaba temporalmente y por decisión judicial provisorio asimilada al personal de planta transitoria.”

III. EL TRABAJO COMO REALIDAD UNÍVOCA. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL

El desarrollo sobre este aspecto, contenido en el voto del Dr. Corti, nos lleva a formular unas brevísimas notas.

Desde ya creemos que debe aludirse a principios y derechos derivados del trabajo, descartando la división entre lo público y privado, criterio que, por otra parte, es consecuencia de una reformulación del rol del ciudadano y de su dignidad frente a otros particulares y al Estado.

El fallo “Madorrán”¹⁴ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es ejemplo de ello. Si bien el Tribunal con anterioridad había avanzado sobre estas interpretaciones, esta

13. Voto Dr. Corti: “4. Normativa dictada y particularidades respecto de la situación de la actora. XI. 3. Conclusión”.

14. CSJN, Fallos 330:1989.



decisión es significativa, pues interpreta una de las principales características del empleo público como la estabilidad absoluta, sin diferenciar especies o tipos de relaciones laborales sino enmarcando el derecho en la dignidad humana.

Allí se sostuvo que “la estabilidad propia puesta como contrapartida del ejercicio injustificado o incausado del poder de rescisión por parte de las autoridades, responde acabadamente a la protección del derecho a la ‘estabilidad’ y al trabajo del agente en ocasión de tamañas medidas. Y, al obrar de tal modo, tutela, paralelamente, la dignidad, atributo inherente a toda persona, además de centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional (...). Dignidad y trabajo que, por lo pronto, se relacionan en términos naturalmente entrañables, según lo reconoce con claridad el art. 14 bis de la Constitución Nacional y lo reitera el art. 7.a.ii del mentado Pacto, así como ya lo habían hecho, entre otros antecedentes, los arts. XIV y 23.3 de las recordadas Declaración Americana y Universal de 1948, y la Declaración de los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada el 10 de mayo de 1944, que asienta los principios que debieran inspirar la política de sus Miembros: ‘todos los seres humanos [...] tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades’ (II, a)”.

Resulta indiscutible que el trabajo es condición propia del hombre, constituye una dimensión fundamental de su existencia sobre la tierra. A la vez, por conformar una actividad humana no se la puede separar de quien la cumple. Así, es parte del hombre y participa de sus atributos: especialmente la dignidad y la libertad como elementos esenciales del trabajo humano.¹⁵

“Solo el hombre es capaz de trabajar en sentido propio y solo por analogía se puede decir que las máquinas o los animales lo hacen, ya que son estos, en todo caso, elementos también al servicio del hombre, quien los aprovecha y explota.”¹⁶

Se trata de un derecho fundamental que debe ser respetado por todas las organizaciones y entidades que componen la sociedad y el Estado. Atentar contra él o limitar su ejercicio es una ofensa a la persona.

Por otra parte, la sociedad en su conjunto depende del esfuerzo laboral de todos, por eso el trabajo no solo es un derecho para el individuo, “sino también un deber social del cual nadie tiene que evadirse sin sufrir las consecuencias propias”.¹⁷

La Declaración de Filadelfia de la OIT, de 1944, expresa que la comunidad internacional reconoce que “el trabajo no es una mercancía”. Los criterios que lo rigen exce-

15. Ivanega, Miriam, op. cit., capítulo VI.

16. Rodríguez Mancini, Jorge, *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 2.

17. *Ibid.*



den el marco del mero mercado económico y se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia.

Consecuencia de ello es que el empleo público y el privado son manifestaciones de un mismo derecho. Ambos vínculos tienen el mismo objeto, el trabajo personal, dependiente y oneroso y quien lo presta está sujeto a un poder jurídico ajeno, a cambio de percibir un ingreso para su sustento y el de su familia.

En esos términos, se entiende que uno de los aspectos olvidados por las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales, y que genera a su vez conflictos a la hora de delimitar el contenido de la relación de empleo público, es que la diferencia esencial entre ambos vínculos está en la figura del empleador. En este último caso, si bien es el Estado, los efectos que esto acarrearía no son suficientes para “crear un abismo insuperable entre ambas relaciones”.¹⁸

Con la directa influencia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y de los tratados, pactos y convenciones de derechos humanos, la aplicación de principios propios del derecho laboral ha trascendido el ámbito privado para ubicarse en el marco de los principios generales de todas las relaciones de trabajo, los que –como ya dijimos– encuentran su base en la dignidad del hombre.

En los precedentes “Aquino Isacio”, “Milone” y “Madorrán”, la Corte deja claro que los principios protectorio, estabilidad, justicia social, progresividad, *pro homine* y favorabilidad, están presentes en todas las relaciones laborales sin distinguirse si estas se desarrollan en el ámbito privado o en el sector público.

IV. EN SÍNTESIS

La solución ha sido equitativa. El fallo comentado nos muestra una realidad que excede la interpretación normativa, es el Poder Judicial el que valora los derechos en juego, poniendo en evidencia las desprolijidades de los sistemas de empleo público.

Reiteramos que una política pública en esta materia debe partir de su configuración como “problema”, en el cual se reconozca que la estabilidad, la transitoriedad y la carrera administrativa son derechos, deberes y principios que se entretujan en una organización pública compleja.

18. De La Fuente, Horacio, “La privatización del empleo público”, *La Ley*, 2001-B, 984.



10.

“FREYRE ALEJANDRO C/GCBA S/AMPARO [ART. 14 CCABA]”

CASAMIENTO IGUALITARIO

**Juzgado de Primera Instancia N° 15, Secretaría N° 29 en lo Contencioso
Administrativo y Tributario de la CABA**

10 de noviembre de 2009



EL PROCEDER “SOSPECHOSO” DEL ESTADO Y EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE CONSTITUCIONALIDAD. A PROPÓSITO DEL FALLO “FREYRE, ALEJANDRO C/GCBA”

Por Stella Maris Martínez* y Santiago Roca**

I. ANTECEDENTES DEL CASO

El 10 de noviembre de 2009, la titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario nro. 15, Dra. Gabriela Seijas, dictó una sentencia trascendental para la consolidación de la vigencia de los derechos humanos en nuestro país, en particular, del derecho a la “igualdad”, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Como bien lo reseña la magistrada en su decisorio, todo comienza cuando el 22 de abril de 2009, el Sr. Alejandro Freyre y su pareja, José María Di Bello, se presentaron ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a fin de solicitar una fecha para casarse, y el organismo en cuestión denegó su petición alegando la existencia de un impedimento: que ambos eran hombres.

Como consecuencia del rechazo, los nombrados promovieron una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para que se ordenara a las autoridades correspondientes que se les permitiera contraer matrimonio y que se declarara la inconstitucionalidad de los artículos 172, 188 y concordantes del Código Civil, lo que culminó con el dictado de la sentencia en cuestión.

El argumento central de la magistrada para declarar la inconstitucionalidad de las normas referidas y ordenar a las autoridades que celebren el matrimonio de los actores fue que los artículos 172 y 188 del Código Civil se contraponen directamente con las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón de la orientación sexual.¹

El fallo dictado quedó firme, puesto que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no apeló la sentencia.

* Defensora General de la Nación. Doctora en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, Reino de España. Abogada y Licenciada en Criminología por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Profesora Adjunta Regular de la Facultad de Derecho (Universidad de Buenos Aires).

** Abogado. Magíster en Abogacía del Estado. Secretario General de la Defensoría General de la Nación. Profesor Adjunto de la materia Principios de Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Buenos Aires).

1. Artículos 16 y 19 de la Constitución Nacional; 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –CCA-BA–; 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; entre otros.



La decisión adoptada por la justicia de la Ciudad generó fuertes críticas e, incluso, acciones judiciales en el fuero civil nacional tendientes a suspender su ejecución (“Lebed, Sabrina Melisa y otro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/nulidad” y “Andreggen, Pedro Javier María c/Freyre Alejandro c/GCBA s/amparo [art. 14 CCABA] y otro s/nulidad”).

Los argumentos en contra del fallo se centraron en cuestionar la legalidad del accionar de la jueza, por entender que se había extralimitado en el ejercicio del control constitucional sobre un código de fondo, como el Código Civil, cuando esa facultad sería competencia exclusiva de la justicia nacional en lo civil.

Hay que recordar que las críticas sobre la cuestión de fondo devinieron abstractas poco después, porque el Congreso Nacional sancionó la Ley N° 26618,² que modificó y sustituyó diversos artículos del Código Civil, entre ellos, el 172 y el 188, posibilitando el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Este fallo, sin dudas, será recordado y estudiado por el impacto que produjo, tanto en la sociedad como en sus representantes, lo que se vio reflejado en el cambio normativo aprobado al poco tiempo. Algo similar ocurrió con el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Sejean c/Zaks de Sejean”,³ oportunidad en la que el Máximo Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la prohibición de divorcio, que sentó las bases para la reforma legislativa dispuesta por la Ley N° 23515.

Sin embargo, el fallo dictado en el caso “Freyre, Alejandro c/GCBA s/amparo” tiene algunas cuestiones interesantes para señalar, que afianzan el diseño institucional de la justicia con competencia en lo contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires.

Al mismo tiempo abre nuevos interrogantes acerca del alcance del principio de legitimidad del acto administrativo, y la necesidad de efectuar el control previo de constitucionalidad en esa sede.

En definitiva, la sentencia objeto del presente trabajo debe ser analizada, no solo por su importancia desde la perspectiva de género, sino también por su implicancia en el procedimiento previo a la exteriorización de la voluntad administrativa.

II. LA ATRIBUCIÓN SUBJETIVA DE COMPETENCIA AL FUERO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El primer elemento que debemos resaltar del precedente en análisis es la reafirmación del criterio subjetivo de atribución de competencia elegido por el legislador al momento

2. Publicada en el Boletín Oficial N° 31949 del día 22 de julio de 2010.

3. Fallos 308:2268.



de sancionar el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad –CCATC–, aprobado por la Ley N° 189.⁴

En efecto, la jueza se declaró competente para actuar y resolver lo peticionado dado que se trataba de una acción de amparo interpuesta para cuestionar una decisión del Registro Civil de la Ciudad, órgano integrante de la Administración Pública local.

Esa norma procesal, en su artículo 2, determina:

Son causas contencioso administrativas a los efectos de este Código todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera que sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. La competencia contenciosa administrativa y tributaria es de orden público.

El cuerpo normativo considera “autoridad administrativa”: a) la Administración Pública centralizada, desconcentrada y descentralizada; b) los órganos legislativo y judicial en ejercicio de la función administrativa; y c) los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejerzan potestades públicas otorgadas por las leyes de la Ciudad.⁵

Así, cuando la Administración Pública local actúa en carácter de actor o demandado, el principio general es el criterio subjetivo de atribución de competencia al fuero, con total prescindencia del contenido jurídico o de las normas aplicables en la controversia. En cambio, si se trata de las restantes autoridades administrativas (Poder Legislativo, Poder Judicial, entes públicos no estatales y entes privados), la competencia se determinará sobre la base de un criterio mixto, y únicamente intervendrá el fuero citado cuando se cuestione un acto, hecho o contrato dictado o celebrado en ejercicio de funciones o potestades administrativas, y, por lo tanto, regidas por el derecho administrativo.⁶

En los fundamentos del proyecto del CCATC se explica claramente el objetivo del legislador al establecer que se “procura integrar un cuerpo sistemático de normas tendiente a regular la actuación procesal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de las autoridades administrativas locales, cualquiera sea el objeto de la pretensión; concepto que coincide con la competencia atribuida por el artículo 48 de la Ley N° 7 de Organización del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, al fuero homónimo,

4. Publicada en el BOCBA N° 722, del 28/06/1999.

5. Artículo 1 del CCATC. En igual sentido se expresa la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad (aprobada por Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1510/GCBA/97, publicado en el BOCBA N° 310 del 27/10/1997). En su Artículo 1 determina: “Las disposiciones de esta ley se aplicarán a la Administración pública centralizada, desconcentrada y descentralizada y a los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires, en ejercicio de función administrativa; también a los entes públicos no estatales en cuanto ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes de la Ciudad de Buenos Aires”.

6. Balbín, Carlos F. (Dir.), *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Comentado y concordado*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, p. 13.



cuando establece: La justicia en lo contencioso administrativo y tributaria está integrada por quince (15) juzgados que entienden en todas las cuestiones en que la Ciudad sea parte, cualquiera fuera su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado [...]. Que por estos motivos la norma cuya aprobación se propone está destinada a regir tanto la pretensión contencioso administrativa (*stricto sensu*), es decir, aquella promovida por los particulares cuyo objeto principal consiste en la revisión judicial o declaración judicial de nulidad de un acto administrativo, de alcance particular o general, como también toda otra promovida por o contra las autoridades de la administración local (*lato sensu*), aunque en ellas se ventilen y resuelvan conflictos regidos por el derecho privado (art. 129 de la Constitución Nacional).⁷

El sistema adoptado en la Ciudad difiere del criterio material de atribución de competencia fijado por el legislador nacional en la Ley N° 13998, por la que se estableció que los juzgados nacionales de primera instancia en lo contencioso administrativo federal entienden en “las causas contencioso-administrativas”.⁸

El diseño judicial elegido por el legislador porteño, como bien se señaló en los fundamentos del proyecto, tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Municipalidad de Buenos Aires, N° 19987, donde se determinaba:

Todas las causas originadas por la actividad de la Municipalidad, que se manifieste por actos de contenido general, tanto en el ámbito del derecho público, como del derecho privado, o individual, o por hechos, se sustanciarán por vía de acción con arreglo a las formas de juicio previstas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ante los juzgados nacionales de primera instancia en lo civil o especial en lo civil y comercial de la Ciudad de Buenos Aires, según corresponda de acuerdo con la Ley N° 19809.

Los autores que postulan este sistema sostienen que la asignación orgánica o subjetiva de la competencia favorece la seguridad jurídica porque los litigantes conocen el fuero en el que habrán de litigar, lo que reduce los conflictos de competencia entre los magistrados, al tiempo que evita dispendios jurisdiccionales, unifica la doctrina de los jueces y promueve un servicio de justicia más eficaz.⁹

Sin embargo, es importante recordar que la puesta en funcionamiento del fuero contencioso administrativo local con su competencia no fue pacífica. Se suscitaron varios conflictos, principalmente con la justicia civil nacional, donde se consideraba que las

7. Versión taquigráfica del “Acta de la 7ª Sesión Ordinaria de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires –13 de mayo de 1999–”.

8. Artículo 45, inc. a), de la Ley N° 13998 (BO N° 16754 del 11 de octubre de 1950).

9. Fiorini, Bartolomé A., *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pp. 196-197, y De Giovanni, Julio - Gil Domínguez, Andrés, “El contencioso de la Ciudad de Buenos Aires: una opción que profundiza la autonomía”, *La Ley*, 2000-F-614 y ss., citados por Balbín, Carlos, op. cit., p. 11.



Leyes N° 7 y 189, al fijar la competencia del fuero local en razón de la persona, vulneraban los límites impuestos por la Ley N° 24588. Esta norma federal, en su interpretación, precisaba en forma inequívoca que la competencia contencioso administrativa que la Constitución delegó en la justicia local se determinaba en razón de la materia, y no por el sujeto de la relación procesal.¹⁰

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se pronunció al respecto en el precedente “Niella, Reinaldo c/GCBA”¹¹ donde, frente a la contienda negativa suscitada entre el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, resolvió declarar la competencia de la justicia local. Para ello, adhirió a los fundamentos expresados en el dictamen de la procuradora fiscal, quien sostuvo:

[...] la materia del pleito corresponde al Derecho Público y debe ser resuelta por los jueces locales (arts. 129 de la Constitución Nacional y 106 y ss. de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), resultando *prima facie* propia del fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario, de conformidad con el artículo 48 de la Ley N° 7, Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires [...]. Ello en virtud de que tengo para mí que solo de esta forma encuentra adecuada tutela el efectivo ejercicio de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, reconocida por el artículo 129 de la Constitución Nacional (texto 1994), disposición que le reconoce facultades exclusivas y excluyentes de auto-determinación, auto-administración y auto-organización, “*status jurídico*” que otorga el derecho a la propia jurisdicción, es decir, a ser juzgada por su juez natural (el art. 18 de la C.N.) garantizándose, de ese modo, el régimen federal de gobierno y el espíritu de la Ley Fundamental.¹²

El artículo 2 del Código Contencioso Administrativo y Tributario, en su última oración, reafirma el carácter improrrogable de la jurisdicción local, al determinar imperativamente que “la competencia contenciosa administrativa y tributaria es de orden público”, lo que implica que no resulta disponible para las partes. Por esta razón, al momento de resolver la petición formulada por el Sr. Freyre y su pareja, la jueza debió valorar los hechos sometidos a su consideración en relación con el ordenamiento procesal vigente en la Ciudad, con independencia de las normas invocadas por las partes en el conflicto y, de esa forma, declaró su competencia para entender en el caso.

10. Ver “Souza Norberto c/Helping Sistemas de Salud y otros s/daños y perjuicios” (Cám. Nac. Civil, Sala E, 23/9/2000), citado por Balbín, Carlos, op. cit., p. 15.

11. “Niella, Reinaldo c/GCBA s/acción declarativa” (Fallos 323:3284), complementado en su línea argumental con las sentencias dictadas en las causas “GCBA c/Buzzano Norberto s/ejecución fiscal” y “GCBA c/Parra Gabriel s/ejecución fiscal” (Fallos 324:2334 y 324:2338, respectivamente).

12. Dictamen de la procuradora fiscal de fecha 08/06/2000 (S.C. Comp. 368. L.XXXV).



III. ¿PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO “SOSPECHOSO”?

Cuando resolvió el amparo interpuesto contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, la jueza procuró examinar con detenimiento si la restricción impuesta al derecho a contraer matrimonio resultaba ilegítima.

Para poder determinarlo, realizó un profuso análisis del alcance del derecho a la igualdad contemplado tanto en la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos como en la Constitución de la Ciudad.

Esta última norma, en su artículo 11, “reconoce y garantiza el derecho a ser diferente”, y no admite discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o por pretexto de “orientación sexual”. Para ello, y a efectos de facilitar la impugnación de distinciones ilegítimas del legislador, el constituyente estableció una lista de clasificaciones sospechadas de ocultar motivos de distinción incompatibles con el principio de no discriminación: “segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo”. A falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la norma portadora del criterio de distinción no supera el examen de constitucionalidad.¹³

En el caso, la magistrada concluyó que los argumentos de la demandada resultaban escasos e insuficientes a la hora de revertir la presunción de inconstitucionalidad de las normas en las que basó su decisión, razón por la cual confirmó la invalidez de los artículos cuestionados del Código Civil.

Encuadró las normas impugnadas (y el obrar consecuente de la Administración local) en la categoría de “sospechosa”, por la que el Estado debía probar que su empleo es estrictamente necesario para cumplir con un fin legítimo. El juicio de razonabilidad de la norma debe realizarse a la luz de un escrutinio riguroso, que implica una inversión en la carga de la prueba.

Como bien lo explica el Dr. Luis F. Lozano en su voto en la causa “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”,¹⁴ la noción de “categoría sospechosa” fue desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América a partir del fallo recaído en la causa *United States vs. Carolene Products* (304 U.S. 144), sentenciada en 1938 y utilizada en diversos precedentes por ese tribunal: *Graham vs. Richardson* (403 U.S. 365), *Sugarman vs. Dougall* (413 U.S. 634), *Foley vs. Connelie* (435 U.S. 291), entre otros.

13. Considerando IX de la sentencia dictada en “Freyre Alejandro c/GCBA”.

14. Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expte. N° 4172/05, sentencia del 09/08/2006.



En nuestro país, el Máximo Tribunal utilizó esta categoría en diversos precedentes.¹⁵ En 2008, en autos “Mantecón Valdés, Julio c/EN – PJN – CSJN – Res. 13/IX/04”,¹⁶ la CSJN, luego de remitirse a lo resuelto en los casos “Hooft”¹⁷ y “Gottschau”,¹⁸ expresó:

Quando se impugna una categoría infra constitucional basada en el “origen nacional” corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar (confr. causa “Hooft” citada, Fallos: 327:5118, considerando 4° y sus citas). Después de señalar la inversión del *onus probandi* que esa presunción de inconstitucionalidad trae aparejada, el Tribunal puntualizó que aquella solo podía ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada (sentencia *in re* “Hooft”, considerando 6°).¹⁹

Si una norma aprobada por el Poder Legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, de acuerdo con el procedimiento constitucional, puede resultar encuadrada como “categoría sospechosa” y, por ende, adolecer de una presunción de inconstitucionalidad; entonces debería dársele el mismo tratamiento a los actos y hechos administrativos infra legales.

Ahora bien, en el ámbito local (en consonancia con la normativa nacional), la Ley de Procedimientos Administrativos –LPA–, aprobada por Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1510/GCBA/97, en su artículo 12, establece:

El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios, a menos que deba utilizarse la coacción contra la persona o bienes de los administrados, en cuyo caso será exigible la intervención judicial [...]. Los recursos que interpongan los administrados contra los actos administrativos no suspenderán su ejecución y efectos, salvo norma expresa que disponga lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución

15. CSJN, Fallos 311:2272, 314:1531; 321:194; 329:5266, entre otros.

16. CSJN, Fallos 331:1715.

17. CSJN, Fallos 327:5118.

18. CSJN, Fallos 329:2986.

19. Punto VII del dictamen del procurador general, que hace suyo la CSJN.



fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, cuando la ejecución del acto traiga aparejados mayores perjuicios que su suspensión o cuando se alegare fundadamente una nulidad ostensible y absoluta.

En otro orden, el artículo 7 del citado cuerpo normativo determina que el acto administrativo debe “sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable”.

La LPA diferencia el acto administrativo nulo del anulable. Así, establece en su artículo 14:

El acto administrativo es nulo de nulidad absoluta e insanable, en los siguientes casos: a) Cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por error esencial, violencia física o moral ejercida sobre el agente; b) Cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas; falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o los derechos invocados; por violación de la ley aplicable; de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado.

En tanto que “si se hubiere incurrido en una irregularidad, omisión o vicio que no llegare a impedir la existencia de algunos de sus elementos esenciales, el acto será anulable en sede judicial” (art. 15).

¿Cómo se debe interpretar una cláusula que presume legítimo el obrar de la Administración cuando la norma en la cual se funda y le sirve de causa encuadra en la “categoría sospechosa”? Para responder, debemos analizar los alcances de dicha presunción.

La Corte Suprema, en el caso “Pustelnik”²⁰ entendió que:

[...] la invalidez manifiesta de los actos cuya ilegitimidad o irregularidad aparece patente en los mismos sin que sea necesario investigar vicio oculto alguno, constituye un concepto general del orden jurídico, que solo requiere una declaración judicial o administrativa a su respecto, a diferencia de la invalidez oculta que requiere el enjuiciamiento previo para que se torne visible (considerando 4º).

En los dos considerandos siguientes (5º y 6º), el Máximo Tribunal define las categorías de la invalidez, al sostener que una de ellas:

[...] es la concerniente al acto irregular en el cual luce manifiestamente un grave error de derecho que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley. Dicho acto irregular no ostenta apariencia de validez o legitimidad

20. CSJN, Fallos 293:133.



en virtud de su título y ha de ser calificado como acto inválido por la gravedad y evidencia del vicio que contiene (Fallos: 164:140; 179:249; 185:177; 250:491; 253:15, entre otros).

Por el contrario, respecto del acto administrativo regular, determina:

[...] aun cuando traiga aparejados vicios de ilegitimidad, ostenta empero cierto grado de legalidad que lo hace estable y produce la presunción de su legitimidad. En consecuencia, no le es dable a la Administración Pública revocarlo por sí y ante sí en razón de su ilegitimidad, sino que debe demandarla judicialmente o revocar el acto por razones de mérito, oportunidad o conveniencia.

Así, analizando la LPA junto con la doctrina del Máximo Tribunal, podemos concluir que la presunción de legitimidad solamente alcanza al acto administrativo regular, y no al irregular. En otras palabras, de la presunción de legitimidad se deriva la obligatoriedad o exigibilidad del acto, lo que hace que sus destinatarios tengan el deber jurídico de cumplirlo. Esta igualdad no es para todos los actos ilegítimos, sino solo para los que tienen el carácter de regulares, porque carecen de vicios graves. Los que se igualan son los actos regulares, válidos o anulables, en cuanto a los efectos que provisionalmente producen hasta que su invalidez sea declarada por una autoridad competente.²¹

Gordillo sostiene que si bien algunos fallos y autores expresan que la presunción de legitimidad acarrea la necesidad simultánea de alegar y probar la ilegitimidad del acto, esa doble consecuencia es inexacta. Parece evidente que la prueba solo puede resultar necesaria cuando la ilegitimidad del acto dependa de situaciones de hecho que este ha desconocido; en cambio, si la ilegitimidad surge de su mera confrontación con el orden jurídico positivo, parece infundado que deba probarse de alguna manera. Así, explica el autor, los casos típicos de esta situación son en los que el vicio del acto no resulta de situaciones de hecho susceptibles de prueba, sino de la interpretación del derecho aplicable. Un acto puede ser nulo por tener “manifiestamente un grave error de derecho que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley”, como lo sostuvo la CSJN en “Pustelnik”; o puede, en cambio, ser anulable porque el órgano que declara el vicio estima que el acto en cuestión no interpretó con precisión el orden jurídico aplicable. En este caso, no se probará la ilegitimidad del acto, sino que se incorporarán a la causa argumentos de derecho suficientes para demostrar que el acto impugnado no aplicó correctamente el orden jurídico vigente.²²

En definitiva, el estándar aplicable en ese caso debe ser el mismo que se utiliza para la “categoría sospechosa”, es decir, frente a un acto administrativo que aplique alguna

21. Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, t. 3, pp. V-20-21.

22. Gordillo, Agustín, op. cit., t. 3, pp. V-22-23.



distinción entre categorías de personas que pueda responder a prejuicios o estereotipos, el escrutinio deberá ser más estricto, y corresponderá a la Administración justificar y probar la legitimidad de su accionar.

IV. LA ADMINISTRACIÓN FRENTE A LA LEY “SOSPECHADA” DE INCONSTITUCIONALIDAD

Hasta aquí hemos recordado que si bien, en principio, los poderes políticos tienen facultades para trazar distinciones legales entre categorías de personas cuando resulta conveniente para cumplir con objetivos legales legítimos –presumiéndose la constitucionalidad de la norma sancionada–, en algunos casos que el legislador utilice ciertas distinciones tiene el efecto de excluir a categorías enteras de personas del legítimo ejercicio de un derecho, por lo cual, en estos casos, la evaluación conllevará una inversión en la carga de la prueba.²³

Ahora bien, ¿qué actitud debe adoptar la Administración cuando toma conciencia de que una ley (o un acto administrativo dictado en su consecuencia) viola (o podría violar) la Constitución Nacional?

Como bien lo señala Ávila Montequín,²⁴ frente a este supuesto, existen dos posturas doctrinarias al respecto: quienes sostienen que la Administración podría apartarse de una ley flagrantemente violatoria de los principios constitucionales (y convencionales), y quienes avalan la tesis contraria. Habría, pues, un contrapunto entre el principio de supremacía constitucional y el principio de división de poderes.

Esta cuestión, a lo largo de los años, ha suscitado una tensión entre la Procuración del Tesoro de la Nación, órgano de asesoramiento legal y de representación jurídica del Poder Ejecutivo, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Procuración del Tesoro ha entendido, desde siempre, que el Poder Ejecutivo Nacional: a) no puede derogar leyes ni declarar su inconstitucionalidad (arts. 1, 31, 99 inc. 2º, 108, 109 y 116 de la CN); b) está obligado a ejecutar y cumplir las leyes (arts. 1, 3 y 99 inc. 2º de la CN); y c) tiene facultad, como todo sujeto de derecho público o privado, y la obligación como órgano de la Constitución de examinar la validez de las normas legales frente a la Carta Magna, que es de superior jerarquía (arts. 1, 30, 31, 99 inc. 7º CN). En caso de considerar inconstitucional una ley, puede adoptar cualquiera de las siguientes posturas, aunque entre tanto no puede suspender su aplicación: ejercer el

23. Considerando IX de la sentencia dictada en “Freyre Alejandro c/GCBA”.

24. Ávila Montequín, Marina, “Algunas reflexiones sobre la posición de la Administración frente a la Ley Inconstitucional”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, RAP, n° 330, pp. 57-64.



derecho a veto; plantear su inconstitucionalidad ante el Poder Judicial; y/o proponer su derogación ante el Congreso de la Nación.²⁵

Asimismo, el órgano asesor referido aceptó el control de constitucionalidad en tres supuestos: a) cuando el Legislador invade un campo que le pertenece al Poder Ejecutivo por atribución constitucional;²⁶ b) cuando la inconstitucionalidad sea clara y manifiesta o la aplicación de la ley pueda ocasionar perjuicios graves y acaso irreparables;²⁷ y c) cuando exista una jurisprudencia firme de los tribunales inferiores contrarios a la constitucionalidad, en especial cuando la Corte Suprema se haya pronunciado en ese sentido.²⁸

La Corte Suprema de Justicia, en diversos precedentes, expresó su criterio contrario a lo dictaminado por la Procuración del Tesoro. Recordó que no cabe reconocer al Poder Ejecutivo la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, dado que implicaría desconocer que el Poder Judicial es el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que conllevaría admitir que el poder pueda concentrarse en una sola sede.²⁹

Volviendo a la pregunta inicial de este apartado, y teniendo en cuenta los argumentos y propuestas efectuadas por la Procuración del Tesoro y la doctrina del Máximo Tribunal, la Administración, en caso de encontrarse frente a una norma catalogada como “sospechosa”, debería realizar un control administrativo de constitucionalidad (y convencionalidad) antes del dictado del acto, para contrastar su contenido con los principios, derechos y garantías contenidos en la Constitución y en las convenciones internacionales de derechos humanos. Recordemos que un acto administrativo contrario a estos tratados podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Así, en caso de verificar la posible ilegitimidad de la norma, la Administración deberá efectuar el correspondiente planteo judicial.

En el caso en análisis se omitió formular ese control administrativo de constitucionalidad, lo que generó que el Sr. Freyre y su pareja fueran privados ilegítimamente de su derecho a contraer matrimonio cuando se les denegó su petición. El organismo administrativo aplicó en forma literal el contenido normativo del Código Civil, prescindiendo del plexo convencional de derechos humanos, es decir, hizo una interpretación errónea del derecho vigente, lo que llevó a los damnificados a interponer una acción de amparo para proteger sus derechos.

25. Dictámenes PTN 64:100; 67:189 y 72:137, citados por Gordillo, Agustín, op. cit., t. 1, p. VII-16.

26. Dictámenes PTN 72:137 y 159:83, citados por Ávila Montequín, op. cit., p. 61.

27. Dictámenes PTN 84:102 citado por Ávila Montequín, ibíd.

28. Dictámenes PTN 101:82 citado por Ávila Montequín, ibíd.

29. CSJN, Fallos 269:243 y 298:511 citado por Ávila Montequín, ibíd.



En el trámite del amparo, la accionada (GCBA) contestó la demanda, se produjo la prueba requerida en autos y se dictó sentencia, donde la jueza de primera instancia declaró la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas y ordenó a las autoridades del Registro Civil que celebren el matrimonio de los actores.

Una vez notificado de la sentencia, el Gobierno de la Ciudad no interpuso apelación contra el decisorio, de modo que lo consintió y, por ende, lo dejó firme y en condiciones de ser ejecutado.

La decisión de no apelar la sentencia implicó, paradójicamente, una actuación positiva de la Administración local que, por medio de esa omisión (consentir la sentencia), dejó sin efecto el acto ilegítimo que diera origen al amparo, allanando el camino para la modificación de una norma inconstitucional. Tal vez se podría criticar que el reconocimiento no haya sido al momento de contestar la demanda, de modo de lograr un rápido control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial, pero abordar las razones y estrategias procesales durante el proceso significaría hacer un estudio contra fáctico que no arribaría a ninguna conclusión.

V. REFLEXIÓN FINAL

El presente trabajo fue realizado con motivo de la conmemoración de los 15 años de la creación y puesta en funcionamiento del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Por ello, no se puede finalizar sin antes recordar que uno de los pilares esenciales del derecho administrativo es la protección del administrado contra el ejercicio irregular o abusivo de la función administrativa.

Como sostiene Gordillo, “si relegáramos este problema a ser uno de los aspectos secundarios de la disciplina, estaríamos quitándole a esta una de sus notas características en el Estado de Derecho, y por lo tanto su diferenciación con las normas administrativas totalitarias”.³⁰

Hacemos nuestras sus palabras, que destacan que el problema central de esta materia no es la administración pública, sino su contraposición frente a los derechos individuales de los habitantes. El derecho administrativo debe estar orientado hacia el estudio de los derechos individuales y, en definitiva, de la libertad humana. La protección de la libertad contra el ejercicio abusivo o ilegal de la función administrativa y del poder en general debe transformarse en una de sus finalidades más trascendentales.

Estamos convencidos de que se le debe quitar al derecho administrativo su apariencia de disciplina interesada casi exclusivamente en la administración pública y sus fines y, en cambio, se le debe dar una estructura externa y conceptual que claramente represente

30. Gordillo, Agustín, op. cit., t. 1, p. V-3.



su búsqueda consciente y constante de un equilibrio razonado entre el individuo y el Estado, entre el individuo y el poder.

La decisión de la jueza en la causa “Freyre Alejandro c/GCBA s/amparo” y la creación del fuero contencioso administrativo en la Ciudad de Buenos Aires se encuentran en esa senda y constituyen el fiel ejemplo de la función que cumple el derecho administrativo y la misión que tiene por delante: proteger las garantías individuales y libertades públicas de los individuos.



CONQUISTAS JUDICIALES, AVANCES LEGISLATIVOS Y TRANSFORMACIÓN CULTURAL: UN PRECEDENTE PARA HOMENAJEAR ♦♦

Por Marisa Herrera*

SUMARIO

La Argentina en los últimos años, conforme al paradigma del Estado Constitucional de Derecho y el consecuente respeto por los Derechos Humanos, ha dictado un conjunto de normas claves para la ampliación de derechos e inclusión social de las minorías sexuales que por mucho tiempo habían sido oprimidas, relegadas y silenciadas; siendo su obra cúlmine el Código Civil y Comercial en vigencia desde el 01/08/2015. Estas normas han tenido un fuerte impacto en todo el ordenamiento jurídico argentino al colocar en crisis varias instituciones clásicas o tradicionales del derecho de familia, a tal punto de haber sido vital para la sanción de un nuevo Código Civil y Comercial. ¿Qué lugar ha ocupado la jurisprudencia en este largo, sinuoso y prolífero sendero? En el presente trabajo se pretende destacar el lugar que ha ocupado el conocido “caso Freyre” del 26/06/2009 sentenciado por el Juzgado de 1ra Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario nro. 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en esta verdadera conquista de derechos civiles en el campo del derecho de familia, coadyuvando a cristalizar una sociedad más justa y plural. ¿Acaso la Ley 26618 y la posterior readecuación legal que trae consigo el Código Civil y Comercial podrían haber sido posibles sin un real activismo judicial que pusiera en crisis una noción tan ancestral como el matrimonio? En definitiva, se trata de profundizar sobre un precedente al cual se le debe rendir un sincero homenaje

* Doctora en Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Investigadora Adjunta del CONICET. Profesora Adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones UBA. Profesora Titular, Facultad de Derecho, Universidad de Palermo. Integrante del equipo de redacción del Código Civil y Comercial de la Nación.

♦ Varias de las ideas que aquí se esgrimen han sido puestas de relieve en el artículo “De Identidad y Familias. Aportes al debate sobre Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho Argentino”, escrito en coautoría con Natalia de la Torre, *Revista General de Derecho Constitucional* N° 17, 2013, Madrid, Lustel, pp. 1-62.

♦♦ Agradezco enormemente a Natalia de la Torre y a Fiorella Figo por su mirada atenta, siempre intentando que la pasión no sobrepase el decoro; lo que es difícil de lograr cuando uno empieza a recordar las injurias que hemos soporado los que confiamos desde un principio en que un derecho de las familias era posible.



por la relevancia que ha tenido en esta búsqueda incesante por un derecho más justo, más humano.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende describir y analizar críticamente los avances que se han producido en nuestro país, la Argentina, en pos de la inclusión de aquellos grupos sociales que por su orientación sexual han sido históricamente excluidos, negados e invisibilizados, tomando como eje o centro de estudio el resonado caso Freyre resuelto por el fuero Contencioso, Administrativo y Tributario porteño en fecha 10/11/2009.

Este precedente ha sido hábil y vital para colocar en jaque el discurso jurídico hegemónico heteronormativo afianzado en la noción de “naturaleza” y junto a ella, de procreación,¹ como determinante para la configuración del tipo de organización familiar que siempre ha ocupado el centro de la escena familiar: el matrimonio.²

En este marco, y centrándonos en nuestra especialidad, el derecho de las familias,³ se llevará a cabo una relectura del caso Freyre desde una mirada retrospectiva, no solo para revalorizar los argumentos esgrimidos en aquella oportunidad, sino para analizar el caso en perspectiva a la luz de todos los avances legislativos y, junto a ellos, sociales y culturales que ha significado este precedente a modo de “punta de iceberg”.

El caso Freyre ha sido central para la sanción de la Ley 26618⁴ que extendió en 2010 la figura del matrimonio a todas las parejas, con total independencia de su orientación

1. “Primero la hipótesis carece hoy de fundamento fáctico, las personas del mismo sexo podrían (como las de diferentes sexo) procrear a través de algunos métodos de fecundación asistida y por la donación de óvulos o esperma según el caso. Segundo, si por hipótesis se aceptará (hipótesis que no comparto) que es tan necesaria la relación entre procreación y matrimonio (...) también debería incluir a los contrayentes de diferente sexo que no quieren o no pueden procrear”. Clérico, Laura, “El Matrimonio igualitario: igualdad y/o autonomía”, en *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes. Implicancias. Efectos*, Solari, Néstor y Von Opiela, Carolina (directores), Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 57-58.

2. Una vez más, como dijéramos en un trabajo anterior al que remitimos, la finalidad implícita de nuestro aporte en este debate: “Consiste en contribuir al trabajo deconstructivo de ciertos roles familiares anclados, desde un derecho de familia tradicional, en una filosofía esencialista que presenta como ‘natural’ las siguientes concepciones triádicas: padre/hombre/heterosexual, madre/mujer/heterosexual y familia matrimonial/hombre-mujer/heterosexuales. Fácil es observar que detrás de estos conjuntos aparece una tríada común conocida como ‘sistema de género’ conformada por una visión lineal que supone la concordancia entre el sexo biológico/genético, la identidad de género y la orientación sexual, de la cual se desprende, a su vez, una visión unívoca y normativa de lo que debe entenderse por familia.” Herrera, Marisa y De La Torre, Natalia, “La identidad Trans frente a la performatividad reinante de los roles familiares”, en *El Derecho de Familia en Latinoamérica 2*, Lloveras, Nora y Herrera, Marisa (directoras), Córdoba, Nuevo Enfoque, 2012, Vol. 2, pp. 683-697.

3. Justamente, se encuentra en prensa en la editorial Thomson Reuters un *Manual de Derecho de las familias* que acompaña, desde la formación de grado, la obligada relectura de las relaciones de familia que trae consigo el nuevo Código Civil y Comercial.

4. Ley 26618, sancionada el 5 de julio de 2010 y promulgada el 21 de julio de 2010, publicada en el Boletín Oficial el 22/07/2010.



sexual, siendo este un hito normativo del cual se desprendieron otra gran cantidad de necesarios debates como todos los relacionados con los hijos nacidos en el marco de una pareja casada del mismo sexo; qué respuesta jurídica brindar ante la situación de niños nacidos antes de la posibilidad de que sus progenitores del mismo sexo pudieran contraer matrimonio; qué lugar real ocupa el uso de las técnicas de reproducción humana asistida como causa fuente filial fundamental para la satisfacción de las parejas del mismo sexo del derecho a formar una familia.

Por otra parte, sería pertinente visualizar una cadena en la que cada eslabón constituye una pieza fundamental para observar el régimen legal vigente, que es una clara consecuencia de la necesaria puesta en crisis, en buena hora, de un relato sacralizado, impropio o contrario a un Estado laico y plural; heredero de las premisas del derecho canónico en tanto define de manera unívoca a la familia, el matrimonio y la filiación centrada en la procreación por naturaleza.

Así, esta cadena que comienza con el “activismo judicial”, siendo el caso Freyre uno de los primeros y centrales eslabones, se continuó con la Ley 26618; la Ley de Identidad de Género –Ley 26743 de 2012 y su Decreto Reglamentario 1006/2012– y la Ley de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida –Ley 26862 de 2013 y su Decreto Reglamentario 956/2013–, todos estos eslabones básicos para colocar en jaque una legislación civil totalmente perimida cuya realidad social y legal le ha pasado por arriba, y por lo tanto, constituirse en fuertes herramientas de presión para la elaboración de un nuevo Código Civil y Comercial; es decir, un dar de nuevo en el derecho privado como último eslabón de esta cadena en permanente ampliación.

Esta clara preocupación y ocupación en pos de una inclusión real y plena de modos diversos de conformar identidades y familias, responde a la obligada perspectiva constitucional-convencional de Derechos Humanos conocida como la “constitucionalidad del derecho civil” y en especial, del derecho de familia. En total consonancia con las voces doctrinarias y jurisprudenciales más contemporáneas, incluso como se destaca en el Decreto 191/2011 que crea la comisión de reforma del Código Civil y su unificación con el Comercial, advirtiéndose en sus “Considerandos”: “Que el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas. En este sentido cabe destacar la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos”. ¿Acaso era casualidad la cantidad de planteos favorables que colocaban en jaque una normativa del Código Civil a la luz del “bloque de la constitucionalidad federal”, siendo el campo de las relaciones de familia en el que se observó tal situación con mayor ahínco? En este sentido, el caso Freyre constituyó el golpe más duro a un verdadero bastión



del derecho de familia: el matrimonio, de allí que en la historia de las declaraciones de inconstitucionalidad se merezca un lugar preponderante.

Cabe agregar que en el ámbito de las relaciones de familia, en su gran mayoría, la normativa constitucional comprometida detrás de los planteos de inconstitucionalidad y consecuente puesta en crisis de normas infraconstitucionales es el art. 19, que dispone: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”; es decir, cuál es el rol o función equilibrada del Estado a través de la ley para permitir ejercer los derechos fundamentales en libertad y respetuoso de los diversos proyectos de vida e identidades. A la par, no se puede dejar de tener en cuenta –a diferencia de lo que ocurre con las constituciones de muchos países de la región latinoamericana que en sus textos se preocupan por definir a la familia de una manera restrictiva, centrados en la heterosexualidad– que el art. 14 bis de la Constitución Argentina, al referirse de manera general a la protección integral de la familia sin definirla y por lo tanto, limitarla, ha sido una opción constitucional de gran relevancia para permitir de manera más amplia el debate por la extensión del matrimonio a todas las personas, con total independencia del sexo de sus integrantes.

Este marco constitucional motorizado por los arts. 14 bis y 19 y transversalizado por el art. 16, ha sido el contexto supralegal en el que se debatió el caso Freyre; reforzado por la mencionada perspectiva convencional,⁵ la cual tiene jerarquía constitucional desde la reforma de 1994, que incorpora varios instrumentos internacionales de derechos humanos en el artículo 75, inc. 22, los cuales deben ser interpretados conforme a las condiciones de su vigencia, es decir, atendiendo a las Opiniones Consultivas, Recomendaciones y Sentencias que emanan de los Comités o Cortes internacionales.⁶ Entre ellos, destacamos los siguientes por tener una vinculación directa con el derecho de familia: la Convención Americana de Derechos Humanos (CIDH),⁷ el Pacto

5. Para reforzar sobre la obligada perspectiva convencional-constitucional en el campo de las relaciones de familia, compulsar entre otros: Gil Domínguez, Andrés, Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2010; Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009; Herrera, Marisa, “Aportes de la jurisprudencia cortésana a la consolidación del Derecho Constitucional de Familia o la ‘constitucionalización del derecho de familia’”, Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en Herrera, Marisa, Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lloveras, Nora (directoras), *Máximos precedentes. Derecho de Familia*, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2014; Gil Domínguez, “El derecho constitucional de las familias. Perspectiva jurisprudencial de la Corte Federal”, ídem; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La familia en los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ídem.

6. Como se verá a lo largo de este trabajo, para el Estado argentino las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes, razón por la cual su incumplimiento acarrea como consecuencia responsabilidad estatal. A lo que se agrega la siguiente consideración: todos los pronunciamientos de aquel órgano configuran pautas de interpretación de aplicación en el derecho interno por el órgano jurisdiccional.

7. Aprobada por Ley 23054, sancionada el 27 de septiembre de 1990, promulgada el 16 de octubre de 1990 y publicada en el Boletín Oficial el 22/10/1990.



Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),⁸ la Convención de los Derechos del Niño (CDN)⁹ y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés).¹⁰

En definitiva, cada tanto es bueno llevar adelante un análisis retrospectivo para ser conscientes de los logros alcanzados y valorar el rol que ha tenido la Justicia en muchos de los principales debates que la nueva legislación civil y comercial ha receptado para lograr una regulación acorde con la realidad social y los tiempos que corren, siempre bajo el manto de respeto por los Derechos Humanos.

II. LA FUERZA DE LA JURISPRUDENCIA LOCAL EN EL MATRIMONIO PARA TOD@S

II. 1. Antecedentes jurisprudenciales que abrieron el debate: un poco de historia¹¹

Para conocer con mayor profundidad el complejo *iter* recorrido hasta la sanción de la Ley 26618 que extiende el matrimonio a todas las personas con total independencia de la orientación sexual de los contrayentes, entendemos indispensable compartir aquí dos precedentes antagónicos emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹² que han abierto el debate en nuestro país en torno al reconocimiento de derechos civiles a minorías sexuales oprimidas. Nos referimos a los fallos del 22/11/1991 en el caso “Comunidad Homosexual Argentina c/Resolución Inspección General de Justicia s/ personería jurídica”¹³ y el del 21/11/2006 en el caso “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/Inspección General de Justicia”.¹⁴ En ambos casos, lo que esta-

8. Aprobado por Ley 23313, sancionada el 17 de abril de 1984, promulgada el 6 de mayo de 1986 y publicada en el Boletín Oficial el 13/05/1986.

9. Aprobada por Ley 23849, sancionada el 1 de marzo de 1984, promulgada el 19 de marzo de 1984 y publicada en el Boletín Oficial el 27/03/1984.

10. Aprobada por Ley 23179, sancionada el 8 de mayo de 1985, promulgada el 27 de mayo de 1985 y publicada en el Boletín Oficial el 03/06/1985.

11. Para profundizar sobre los alcances de estos precedentes se recomienda compulsar, entre otros, Gil Domínguez, Andrés, *Estado Constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad*, Buenos Aires, Ediar, 2011; del mismo autor, “El Estado Constitucional de Derecho y el bien común”, en La Ley 2006-F, 783 y Sagüés, Néstor P., “Derecho de asociarse, los fines útiles, la moral pública y el bien común”, en La Ley 2006-E, 254.

12. Es de destacar que uno y otro fallo se inscriben en momentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de gobiernos claramente disímiles. Solo para graficar esta apreciación, la Corte del fallo conocido por las siglas “CHA” estaba compuesto por los siguientes Ministros: Ricardo Levene (H), Mariano Augusto Cavagna Martínez, Rodolfo Barra, Augusto César Belluscio, Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Antonio Boggiano, Carlos Fayt y Enrique Santiago Petracchi. Los dos últimos fueron los únicos que en el caso “CHA” votaron en disidencia y son los únicos que formaron también parte de la Corte Suprema que, quince años después, en el caso conocido con la sigla “ALITT” revirtió lo sentado en el voto mayoritario del fallo “CHA”. Además de ellos, conformaron el Tribunal los Ministros: Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Lorenzetti y Carmen Argibay.

13. CSJN, 22/11/1991, “Comunidad Homosexual Argentina c/Resolución Inspección General de Justicia”, en La Ley 1991-E, 679.

14. CSJN, 21/11/2006, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/Inspección General de Justicia”, en La



ba en tensión era la posibilidad de que estas Asociaciones puedan contar con la debida autorización estatal para funcionar como asociaciones civiles, siendo que la personería jurídica es concedida según lo establece el art. 33 del Código Civil para “(...) Las asociaciones y las fundaciones que tengan *por principal objeto el bien común*, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autoridad para funcionar.”¹⁵ De este modo, lo que estaba en discusión en ambos precedentes era el concepto –indeterminado por cierto– de “bien común”. ¿Asociarse con el objetivo de proteger, promover y difundir los derechos de los homosexuales o luchar por la identidad de travestis y transexuales se condice o conculca el “bien común”?

En el primero de los precedentes, conocido por las siglas “CHA”, la Corte Federal por mayoría y con dos disidencias, confirma la denegatoria de la personería jurídica a esta asociación emanada de la Inspección General de Justicia y avalada por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

De manera harto sintética, fácil se advierte que este fallo es el fiel reflejo de las posiciones más aberrantes y discriminadoras que se derivaban del discurso o pensamiento moral unívoco centrado en la heterosexualidad como única identidad sexual válida. El mayor exponente de esta posición es el magistrado Boggiano quien en su voto dijo: “(...) bregar por la equiparación de la condición de homosexual en el ámbito de lo moral, social o religioso pudo razonablemente conducir a la Cámara a juzgar que ello implicaría una particular autorización jurídica del Estado para que la Comunidad Homosexual Argentina lleve adelante una amplia acción de reforma en aquellos ámbitos, incluido el jurídico. Y no parece irrazonable que el tribunal originario haya juzgado exenta de arbitrariedad la decisión de la Inspección que denegó tal objetivo. Una minoría tolerada requiere siempre de una mayoría tolerante. Pero se podría llegar a una situación en la cual tantas minorías reclamasen tolerancia que ya no pueda haber mayoría ninguna. La democracia requiere un sustrato de valores comunes. Y la desintegración de estos valores puede conducir a erosionar la cohesión de la sociedad indispensable para su gobierno mismo. La permisividad que viene rechazada de la instancia anterior pudo razonablemente haberse considerado como una fractura esencial de aquellos valores comunes, pues si el abuso del poder lleva a la tiranía, el abuso de la libertad conduce a la disolución” (Considerando 11°). A lo que se agrega: “Que la pública defensa de la homosexualidad con vistas a su aceptación social resulta reñida con razonables valoraciones, apreciaciones y distinciones morales y jurídicas, entre ellas, con la obligación de tomar en cuenta la condición de homosexual en la apreciación de la personalidad del delincuente a los fines de graduar la pena del delito de corrupción (arts. 40, 41, 125 y 126 del Código Penal), apreciación que viene legalmente impuesta con miras a la tutela de los

Ley 2006-E, 730, con nota de Javier Enrique Ayuso y Agustín Griffi.

15. El destacado nos pertenece.



bienes jurídicos específicamente protegidos en esas normas penales y, en definitiva, del bien común, que comprende incluso el bien moral de los menores, como autorizada-mente se ha sostenido” (Considerando 18°).

Tuvieron que pasar quince años para que el mismo tribunal, con una composición muy distinta, en salvaguarda del Estado Constitucional de Derecho, modifique esta jurisprudencia y coloque en su justo término la concepción de “bien común” conforme el respeto de los Derechos Humanos de todas las personas, en especial, el derecho a la igualdad y no discriminación, y la funcionalidad de estas y otras asociaciones en su rol de ser vehículos necesarios para motorizar demandas sociales en toda sociedad que se precie democrática. Así, la Corte Federal ha manifestado de manera elocuente que “La restauración definitiva del ideal democrático y republicano que plasmaron los constituyentes de 1853 y profundizaron los de 1994, convoca (...) a la unidad nacional, en libertad, pero no a la uniformidad u homogeneidad. El sentido de la igualdad democrática y liberal es el del ‘derecho a ser diferente’, pero no puede confundirse nunca con la ‘igualación’, que es un ideal totalitario y por ello es, precisamente, la negación más completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales” (Considerando 19°). Y en particular, sobre el concepto de “bien común”, se puso de resalto que “no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de estas y menos aun lo que la mayoría considere ‘común’ excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas, etc. Sea que se conciba a la sociedad como sistema o como equilibrio conflictivo, lo cierto es que en tanto las agrupaciones operen lícitamente facilitan la normalización de las demandas (desde perspectiva sistémica) o de reglas para zanjar los conflictos (desde visión conflictivista). Desde cualquiera de las interpretaciones ‘la normalización para unos o la estabilización para otros’ produce un beneficio para la totalidad de las personas, o sea, para el ‘bien común’” (Considerando 15°). Por lo tanto, en esta oportunidad, se revocó la negativa dispuesta en la instancia anterior, y se le concedió a la asociación ALITT la correspondiente personería jurídica.

Las definiciones esbozadas en el último de los precedentes citados muestran un giro copernicano en términos de luchas y conquistas de los movimientos LGBTI en la Argentina. Algo tan mínimo –y tan máximo– como asociarse y obtener personería jurídica para acceder a distintos derechos de tinte patrimonial, estuvo vedado a organizaciones como “ALITT” o la “CHA”, claves para instalar debates democráticos en torno al principio de igualdad y no discriminación fundado en la orientación sexual. Discursos jurídicos y no jurídicos como el sostenido por la mayoría de la Corte Federal en el caso “CHA” que entendían a la homosexualidad y la diversidad como enfermedad peligrosa



de contagio y contraria al interés general, han quedado atrás. En este punto, los avances jurisprudenciales en esta materia se ven reflejados en el Código Civil y Comercial que al regular las Asociaciones Civiles en el artículo 168 expresa: “La asociación civil debe tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común. El interés general *se interpreta dentro del respeto a las diversas identidades*, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales”.¹⁶ En este contexto normativo, no se dudaría que organizaciones como la CHA y ALITT son merecedoras de contar con la correspondiente autorización estatal para funcionar como asociación civil, siendo su objetivo totalmente acorde con la definición de “bien común” que debería defender y promover un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

II. 2. El activismo judicial y el control de constitucionalidad-convencionalidad: el requisito de diversidad sexual al diván

II. 2.1. Introducción

Es dable recordar que antes de la sanción de la Ley 26618, el art. 172 del Código Civil que es reemplazado *in totum* por una nueva legislación civil y comercial, establecía tres requisitos para la existencia del acto jurídico matrimonial: 1) el consentimiento expresado personalmente en forma plena y libre, 2) diversidad sexual y 3) autoridad competente ante la cual se celebra el acto para el correspondiente control de legalidad.

Justamente, la línea estratégica elegida por los movimientos LGBTI fue plantear en la arena judicial la inconstitucionalidad de uno de los requisitos de existencia del acto jurídico matrimonial establecido en aquel art. 172: la diversidad sexual. Este llamado “activismo judicial” en pos de reformar instituciones vetustas del derecho de familia no era nuevo en nuestro país. Como expresa Bruno Bimbi al relatar las intrigas, tensiones y estrategias en el camino de conseguir la Ley: “Las tres grandes reformas que tuvo la regulación jurídica del matrimonio en la Argentina –la creación del matrimonio civil,¹⁷ la legalización del divorcio vincular¹⁸ y el matrimonio igualitario– comenzaron en la Justicia. Y en los tres casos, el primer paso lo dio una pareja que se quería casar y no podía”.¹⁹

16. El destacado nos pertenece.

17. El Código Civil Argentino nació sin Ley de Matrimonio Civil, fue recién en 1888 que se sancionó la Ley 2393 de Matrimonio Civil. Para profundizar sobre los antecedentes de esta ley se recomienda compulsar: Pugliese, María Rosa, *Derecho, Estado y Religión. La historia del matrimonio civil en la Argentina*, Buenos Aires, Biblos, 2012, pp. 191-253 y 315-362.

18. El divorcio vincular en la Argentina es introducido en 1987 con la sanción de la Ley 23515 publicada el 12/06/1987, cuyo antecedente es un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 27/11/1986, “Sejean, Juan Bautista v. Ana María Zaks de Sejean”, en Abeledo Perrot online N° 60000667.

19. Bimbi, Bruno, *Matrimonio Igualitario. Intrigas, tensiones y secretos en el camino hacia la ley*, Buenos Aires, Planeta, 2010,



Así, comenzaron a presentarse diferentes amparos,²⁰ primeramente en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, con el fin de que los jueces declaren la inconstitucionalidad del artículo 172 del Código Civil, y por ende, autoricen los matrimonios entre personas del mismo sexo al ordenar a los Registros Civiles (autoridades competentes) a celebrar matrimonio. Cabe aclarar, en este punto, que Argentina adopta un sistema de control de constitucionalidad difuso, es decir, todos los jueces están facultados para decretar la inconstitucionalidad de una norma con efecto para el caso concreto y no *erga omnes*, como acontece en aquellos ordenamientos jurídicos que receptan un control de constitucionalidad concentrado a cargo de un tribunal o sala especializada.²¹

El primer amparo se presentó ante la Justicia Nacional Civil con competencia exclusiva en asuntos de familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el que fue denegado tanto en primera como en segunda instancia. Nos referimos al caso “*Rachid María de la Cruz y otro c/Registro Nacional de Estado y Capacidad de las personas s/medidas precautorias*”.²²

En primera instancia se sostuvo que: “No existe antijuridicidad en impedir el acceso al matrimonio a quienes por su naturaleza no pueden cumplir con sus fines, pues tal institución está legislada para personas de distinto sexo que engendran y educan a sus hijos para lograr la continuidad de la humanidad y esta diferencia tiene como justificación objetiva y razonable que el Estado privilegia las uniones que dan base a la familia, que a su vez dan base a la sociedad argentina”. Pero sin dudar, la afirmación más exasperante, además de errónea, es aquella que dice: “Esta institución –refiriéndose al matrimonio– se funda en la propia esencia humana, que en razón de la diversidad de sexos, impulsa la unión de un hombre y una mujer, con la finalidad de lograr el bien de los esposos y la procreación y educación de la prole que hace a la perpetuación de la especie humana”. Siempre nos ha sorprendido la capacidad de decir tantas discriminaciones y falacias en tan pocas palabras. ¿La esencia e impulso de las personas es a contraer matrimonio? ¿Una de las finalidades del matrimonio es la procreación y educación de la prole? Desde el punto de vista jurídico, la respuesta negativa se impone ya que la infertilidad no constituye un requisito de existencia ni de validez del matrimonio. Más complejo aún es definir la idea de “bien de los esposos”. ¿Acaso si se decidiera llevar ade-

p. 40.

20. Si bien se marca como etapa de disputa judicial sobre la institución clásica del matrimonio fundada en la diversidad de sexo, los fallos que se analizan en el presente trabajo, en particular el caso Freyre como protagonista de esa etapa y a la par, de este ensayo, al parecer, desde el punto de vista histórico, el primer antecedente data de 1959 en Río Ceballos, cuando “Dos hombres se presentaron ante la funcionaria que podía casarlos. Uno de ellos estaba disfrazado de mujer. Derivó en acciones penales contra el funcionario público y los contrayentes por falsedad ideológica. El acta fue rectificadora” (Basset, Úrsula, “Derivaciones frente a la inexistencia de matrimonio por falta de diversidad de sexos”, *Derecho de Familia y de las Personas* 2010 (mayo), 01/05/2010, p. 257, cita online: AR/DOC/1412/2010).

21. Grosman, Cecilia P. y Herrera, Marisa, op. cit.

22. Juzgado Nacional Civil N°88, 22/07/2007, “*Rachid María de la Cruz y otro c/Registro Nacional de Estado y Capacidad de las personas s/medidas precautorias*”, y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 26/09/2007, publicados en LL, 2007-F, 487.



lante un modelo de vida *swinger* se estaría dentro de esta categoría a la cual apeló la jueza subrogante –que hasta la actualidad lo sigue siendo–, la que debe analizarse a la luz del principio constitucional de libertad y autonomía personal que promueve el art. 19 de la Constitución Nacional?

Igual de llamativos fueron los argumentos de la Alzada, la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en la sentencia del 26/09/2006 en los que expuso que “Las leyes no suelen definir qué se entiende por matrimonio. No es necesario que lo hagan, pues, sobreentendido está que el derecho positivo recoge una realidad aceptada universalmente: la unión intersexual”. ¿Acaso el contenido de los términos no se modifica? Si fuera así, la noción misma de procreación o de padres no podría involucrar nunca a hijos nacidos de técnicas de reproducción humana asistida, o las notificaciones seguirían siendo en formato papel y no digital y así, una infinidad de ejemplos todos muy cercanos a la vida cotidiana más variada y compleja que aquella que tuvo en miras el codificador Vélez Sarsfield y que parece que sigue muy presente en los jueces nacionales del fuero civil que han tenido que intervenir en los primeros casos en los que se esgrimen planteos que se salen de los cauces “normales”. Pero lejos, el argumento más ofensivo para las minorías sexuales que reclamaban el derecho a contraer matrimonio es el que dice: *“Sin embargo, debe observarse que los homosexuales no son discriminados a priori en razón de su orientación sexual para acceder al matrimonio. Una persona homosexual, fuere hombre o mujer, goza de la misma aptitud nupcial que un heterosexual, precisamente porque la ley no discrimina. En otras palabras, la orientación sexual no integra el elenco de requisitos para casarse. Lo que el homosexual no puede, por exigencia legal, es contraer matrimonio con alguien que sea de su mismo sexo”*.²³ Semejante aseveración no merece comentario adicional alguno, solo la congoja de que fue esgrimida por un magistrado como Zannoni, que nos merece un profundo respeto intelectual por su pluma y dedicación en otras luchas legales de tanta importancia como lo fueron la ley que introdujo el divorcio vincular al derecho argentino (Ley 23515), y la que consolidó el principio de igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, entre otros cambios sustanciales en el régimen jurídico de la entonces patria potestad y filiación (Ley 23264).

Antes de que se sancionara la Ley 26618, este caso tramitado ante la justicia nacional había llegado por la vía del recurso extraordinario a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuestión que no fue resuelta por la máxima instancia judicial federal a los resultados del debate legislativo. Así fue que en la Corte Federal, la voráGINE de los hechos hizo que la solución de ese Recurso Extraordinario llegara en fecha 24/08/2010²⁴ –más de un mes después de sancionada la Ley 26618–, en el cual declaró abstracta la cuestión, de este modo eludió la necesidad de expedirse al respecto.

23. El destacado nos pertenece.

24. CSJN, 24/08/2012, “María de la Cruz Rachid y otro c/Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas”, en La Ley 2010-E, 105.



El resultado adverso en la justicia nacional civil, claramente conservadora en su modo de entender identidades y familias, y restrictiva a la hora de establecer los alcances del principio de igualdad en consonancia con el de libertad y/o autonomía, obligó al movimiento LGBTI a cambiar de estrategia judicial; ello vino de la mano de cambiar el fuero ante el cual se dirima la constitucionalidad/inconstitucionalidad del mencionado art. 172 del Código Civil centrado en el requisito de la diversidad sexual para la existencia del matrimonio. Dado que la denegatoria de tomarle el consentimiento para contraer matrimonio a parejas del mismo sexo provenía del Registro Civil, es decir, constituía un acto administrativo local, se entendió que era competente el fuero contencioso y administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, con una mirada más plural y moderna al ser un fuero mucho más nuevo (en funcionamiento desde fines de los 90).

II. 2.2. El caso Freyre

A) Consideraciones generales

La puesta en crisis del entonces vigente art. 172 que disponía como requisito de existencia la diversidad de sexo empezó por el fuero nacional en lo civil con competencia exclusiva en asuntos de familia. Como hemos visto, por ese lado –como era de presumir– no tendría cabida un planteo rupturista que colocaba en crisis la institución más pétrea, sacra y tradicional del derecho de familia: el matrimonio.

Más allá de seguir el trámite en la justicia nacional el mencionado caso Rachid, se pensó como litigio estratégico esgrimir el mismo planteo pero en otro fuero más nuevo como lo es el contencioso, administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. ¿Era viable presumir que fueros sin “tradicición” y recursos humanos menos “contaminados” y también más jóvenes tendrían menos resistencias o más agallas para poner en crisis la institución pilar del derecho de familia en singular? Más allá de la dificultad de responder con plena certeza este interrogante, lo cierto es que el primer fallo que puso en jaque la diversidad sexual para contraer matrimonio fue la sentencia del 10/11/2009 de la magistrada Adriana Seijas, en la causa “Freyre, Alejandro y otro c/GCBA s/amparo”.

Ahora bien, ¿se trataba de una estrategia de *forum shopping* o de un conflicto de competencia? Si bien el art. 172 del Código Civil involucraba un “asunto de familia”, a la par, el conflicto que se lleva a los estrados judiciales se desata ante la negativa de un organismo público local, como lo es el Registro Civil, de celebrar nupcias. Priorizar esta última vertiente fue el argumento de peso para plantear acción de amparo ante tal negativa ante el fuero local más allá de que, a la vez, se colocaba en tela de juicio el mencionado art. 172. ¿Cuál es la razón de ello? Lo explica de manera clara Seijas en el fallo, al afirmar: “Luego de la reforma de 1994, la Ciudad de Buenos Aires goza de las mismas facultades jurisdiccionales inherentes al concepto jurídico de autonomía. En ese sentido,



la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires dispone en su artículo 106 asignar a su Poder Judicial ‘el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales’... Según la Ley 189, ‘se considerarán autoridades administrativas de la Ciudad de Buenos Aires la administración pública centralizada, desconcentrada y descentralizada, los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires en ejercicio de la función administrativa y los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejercen potestades públicas otorgadas por las leyes de la Ciudad’ (art. 1º); y ‘Son causas contencioso administrativas a los efectos de este Código, todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera que sea su fundamentación u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. La competencia contencioso administrativa es de orden público’ (art. 2º)”; concluyendo: “Tratándose en el caso de una acción de amparo interpuesta para cuestionar una decisión del Registro Civil de la Ciudad, de acuerdo al marco constitucional y legal detallado, resulta indudable la competencia del tribunal para resolver en el *sub examine*”.

He aquí uno de los primeros aciertos: plantear la contienda en el fuero local. Si en el caso Freyre no se hubiera hecho lugar a la acción de amparo y por lo tanto, declarar la inconstitucionalidad del art. 172 del entonces Código Civil, ¿se habrían dictado otros precedentes en el mismo sentido?²⁵ Más todavía, siempre quedará como interrogante pendiente de respuesta saber qué hubiera sucedido si la jurisprudencia no se expedía a favor de la inconstitucionalidad. ¿La Ley 26618 hubiera dado a luz? ¿La Corte Federal se hubiera animado a hacer lo que hizo la justicia porteña? Si uno se dejaba guiar por el dictamen del entonces Procurador General Righi, la respuesta negativa se imponía, ya que este organismo derivaba el conflicto al Congreso de la Nación para que sancionara una ley que le otorgara determinados derechos a las parejas del mismo sexo sin que sea imperativo reconocerles el derecho a contraer matrimonio.²⁶ Esta consideración crítica

25. Ver los siguientes precedentes judiciales del fuero local de la Ciudad de Buenos Aires: Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°15 de la Ciudad de Buenos Aires, 10/11/2009, “Freyre, Alejandro y otro c/GCBA s/amparo”, en Abeledo Perrot online N°: 70057353; Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 4, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 22/02/2010, “B., D. A. y Otros c./ GCBA”, La Ley online AR/JUR/178/2010; Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°13 de la Ciudad de Buenos Aires, 19/03/2010, “C. M. y otros contra GCBA s/amparo”, en la Ley online AR/JUR/4161/2010.

26. Para profundizar sobre este debate, ver Gil Domínguez, Andrés, Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional* de Familia, op. cit.; Böhmer, Martín, “El principio de dignidad y la sanción del matrimonio igualitario”, en *Revista de Derecho de Familia* nro. 48, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 35; Chechile, Ana María - Muñiz, Javier, “El matrimonio igualitario en el derecho latinoamericano: el debate se encuentra en marcha”, *ibidem*, p. 229; Cárdenas, Eduardo, “Sobre que dos personas del mismo sexo puedan casarse, y sobre que puedan tener y criar hijos: algunos pensamientos tentativos alrededor de este proceso hasta el presente y su posible evolución”, *ibidem*, p. 45; Costante, Liliana B., “Derechos humanos y matrimonio”, La Ley online AR/DOC/7232/2010; Herrera, Marisa, “Adopción y ¿homo-parentalidad u homofobia? Cuando el principio de igualdad manda”, Abeledo Perrot, SJA 22/9/2010; Famá, María Victoria, “Hacia una revisión de la teoría sobre la inexistencia del matrimonio



se relaciona, en definitiva, con otro de los argumentos que esgrimió el gobierno local como parte demandada en el caso Freyre, al sostenerse: “la Administración local carece de competencia para ejercer funciones judiciales –a fin de declarar la inconstitucionalidad de ambos artículos–, y que tampoco puede decidir sobre materias que, atento lo prescripto por el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional, son de competencia exclusiva del Estado Nacional. Indicó que si el Gobierno hubiera otorgado el turno solicitado, la falta de uno de los elementos formales –la diversidad de sexos– habría concluido en la inexistencia del matrimonio. En su criterio, resulta notorio que la acción interpuesta procura utilizar al Poder Judicial para interferir en las potestades conferidas al Congreso Nacional y que la decisión de modificar el Código Civil es privativa y exclusiva del Poder Legislativo”. En definitiva, el planteo de marras no escapa a la compleja tensión entre división de poderes y en este contexto, el rol de control que le cabe a uno de ellos, el Poder Judicial, cuestión que es analizada en el fallo y que merece su lugar en un apartado posterior.

Otro de los argumentos jurídicos generales que han girado en el marco de este tipo de planteos ha sido si la vía del amparo era el proceso indicado. Así como sucedió también en materia de cobertura médica de técnicas de reproducción humana asistida,²⁷ el amparo como procedimiento expedito para reparar en sede judicial violaciones a derechos humanos fue teniendo cada vez un mayor protagonismo.²⁸ Se pasó de una mirada restrictiva o reticente a una amplia o favorable a ella para satisfacer de manera rápida derechos conculcados. En este sentido, el gobierno local expuso como otro argumento que “la acción de amparo no era la vía apropiada, por cuanto no era el medio judicial más idóneo para dilucidar la cuestión. (...) debido a su alta complejidad, el tema traído a juicio requiere mayor amplitud de debate y prueba, y que la presentación de los actores carece de sustrato probatorio”. Argumento que fue contestado con la doctrina autoral y jurisprudencial más contemporánea, abierta y flexible en torno a la viabilidad de la acción de amparo. De este modo, Seijas sostuvo: “si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión

entre las personas del mismo sexo”, Abeledo Perrot online 0003/015253; Alesi, Martín B., “Matrimonio 2.0: derecho a casarse (¿con una persona del mismo sexo?)”, Abeledo Perrot online, AP/DOC/1182/2012; Tavip, Gabriel E., “Denegatoria del matrimonio homosexual: ¿Y los derechos de los individuos?”, *Revista de Derecho de Familia* nro. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 39.

27. Herrera, Marisa, de la Torre, Natalia y Bladilo, Agustina, “Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción asistida”, Abeledo Perrot online N° AP/DOC/521/2013.

28. Ver entre otros: Alfonso, Santiago, Ferrari, Gisela A., “La omisión administrativa ante la urgente necesidad de protección de niños en situación de vulnerabilidad: consecuencias, remedios y rol de los jueces”, *Derecho de Familia y de las Personas* 2014 (julio), p. 45; Aranguren, Beatriz E., “Amparo de salud. Proyecciones actuales en el orden nacional y en la provincia de Entre Ríos”, *La Ley* online AR/DOC/648/2015; Loandos, Pablo, “El amparo como vía directa de protección de derechos fundamentales”, *LLNOA* 2014 (noviembre), p. 1080; Galati, Elvio, “Redefiniendo la salud y el amparo a raíz de la cobertura judicial de la fertilización asistida y a la luz de la medicalización de la vida”, *Derecho de Familia y de las Personas* 2015 (junio), p. 191; Jalil, Julián E., “La acción de amparo contra las obras sociales para cubrir tratamientos de fertilización *in vitro*”, *LL* 2011-E-73 y ss.

por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente, ya que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 320:1339, 2711; 321:2823; 330:5201, entre otros). En el caso, la defensa de la demandada vinculada con la improcedencia de la vía escogida no ha sido debidamente sustentada. Entonces, la acción de amparo resulta admisible atento a que su empleo no reduce las posibilidades de defensa de las partes en cuanto a la extensión de la discusión y de la prueba (Fallos: 320:1339 y 315:2386)”.

B) Los principales argumentos desde el obligado prisma constitucional-convencional

B.1) División y control de poderes

Como se adelantó, un tema que ocupó un lugar central en el debate sobre el “matrimonio igualitario” giró en torno al rol del Poder Judicial en decisiones de tinte legislativo. ¿Se trataba de una cuestión no justiciable? El gobierno local sostuvo esta postura, la cual no tuvo cabida al entenderse “que una interpretación que llevara al extremo la no justiciabilidad de las decisiones del Congreso, por un lado anularía el diálogo de poderes que la propia Constitución sustenta, mediante el cual cada uno de ellos encuentra, en su interrelación con los otros, la fuente de sus propios límites y una buena orientación general en las políticas de Estado, y por otro lado, podría producir el desamparo de los ciudadanos que pertenecen a minorías, al quedar sujetos a lo que decidieran mayorías circunstanciales (Fallos: 330:3160, voto de Lorenzetti, Fayt y Argibay). Los ejemplos de errores históricos en que la mayoría ha decidido son evidentes y bastan para refutar la supuesta intromisión en la división de poderes. A tal efecto alcanza con reflexionar sobre la legislación que, presumiendo de su carácter ‘universal’, negó durante décadas el derecho a voto de las mujeres en nuestro país”. Con solo pensar qué hubiera sido del derecho de familia si los jueces no pudieran decretar la inconstitucionalidad de una norma, es decir, de una decisión adoptada por otro de los poderes del Estado. La riqueza del control de constitucionalidad difuso, sistema que adopta nuestro país, es la que ha permitido que a pesar de la rigidez de las normas, estas se hayan visto dinamizadas para dar respuesta a conflictos sociales contemporáneos.

Precisamente, esta posibilidad de airear el sistema legal gracias a la interpelación constante y sonante de sus textos a la luz de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos es lo que hoy impone el nuevo Código Civil y Comercial en sus dos primeros artículos, al entender que tales instrumentos constituyen fuente, aplicación e interpretación de todo el derecho privado.²⁹

29. El art. 1 dedicado a las “Fuentes y aplicación” expresa: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres



B.2) Igualdad, diferencia, no discriminación e identidad como pilares

Sin lugar a dudas, el verdadero pilar sobre el cual se construye la decisión judicial más importante para la satisfacción del derecho a contraer matrimonio a todas las personas, sin importar el sexo o género de sus integrantes, se asienta sobre el binomio igualdad y no discriminación receptado en el art. 16 de la Constitución Nacional y en todos los tratados internacionales de Derechos Humanos, a tal punto que la Convención Americana de Derechos Humanos comienza por allí en su art. 1.1.

Así lo hace saber Seijas quien, a modo introductorio, explicita que el *thema decidendum* consistía en “dilucidar si la prohibición legal que impide a los actores contraer matrimonio –y por ende acceder a las ventajas mencionadas– resulta discriminatoria”.

En el fallo se sostiene que “El derecho a la igualdad consagrado por el art. 16 de la CN, supone previamente el derecho a ser quien se es y la garantía de que el Estado solo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente, y no se es igual en la medida de la ley sino ante ella, no debiendo la ley, discriminar entre las diferencias de un habitante y otro, sino que debe tratar a cada uno con igual respeto en función de sus singularidades, sin necesidad de entenderlas o regularlas”. En este sentido, se coloca en crisis la llamada “igualdad boba” que sostiene la demandada al repetir un eslogan ya puesto en tela de juicio hace tiempo que consiste en defender la idea de que “el principio de igualdad no requiere tratar a todos los individuos de igual manera, sino solo a los iguales”. ¿Qué se entiende por “iguales”? ¿Acaso la protección de la igualdad no involucra también el admitir y tener en cuenta las diferencias? El *quid* consiste en desentrañar cuándo la distinción es o no razonable. En este sentido, es claro que hombres y mujeres no son iguales pero no por ello se podría permitir votar a unos y no a los otros, o acceder a una educación o ver satisfecho su derecho a la salud fundado en esa diferencia. Es en este contexto en el que adquiere relevancia la variable sobre la cual se asigna o niega un derecho. En este sentido, Seijas expone: “Si la exclusión en el goce del derecho está fundada en tal categoría (la orientación sexual), es posible partir de una presunción o sospecha de ilegitimidad que tendrá por efecto la necesidad de probar que aquella sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos (...) A partir de tales premisas, el juicio de razonabilidad de la norma (arts. 14 y 28 de la CN) debe realizarse a la luz de un escrutinio

son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. El art. 2 se refiere a la “Interpretación” y dice: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Para tener un primer acercamiento a la interpretación de ambas disposiciones recomendamos compulsar Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián, *Código Civil y Comercial Comentado*, Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2015, p. 5 y ss, de acceso gratuito en <http://www.infojus.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>



estricto, evaluación que implica una inversión en la carga de la prueba, de modo tal que es la parte que defiende la constitucionalidad de la norma la que debe realizar ‘una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado a tal efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a lo segundo, será insuficiente una genérica ‘adecuación’ a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada’ (Fallos 327:5118 329:2986)”. Mismo razonamiento que tiempo más tarde realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el resonado caso Atala Riffo contra Chile del 24/02/2012, en el que se asevera que la orientación sexual constituye una categoría sospechosa, por lo cual, le corresponde un escrutinio estricto.³⁰ En palabras de Seijas, se trata de una “evaluación que implica una inversión en la carga de la prueba, de modo tal que es la parte que defiende la constitucionalidad de la norma la que debe realizar ‘una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado a tal efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica ‘adecuación’ a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”. Agregándose que además de los casos tradicionales o típicos de categorías sospechosas como lo son la raza y la religión, de manera más contemporánea se encuentran el género y la discapacidad, entre las cuales también se encontraría la orientación sexual.

En el fallo se alude a un verdadero derecho a ser diferente que es reconocido de manera expresa por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el art. 11 al establecer: “Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno

30. Cabe destacar que en este importante fallo del tribunal regional en materia de derechos humanos, es la primera vez que llega a esta instancia la cuestión de la orientación sexual en el marco del art. 1.1 referido a la no discriminación, y se dijo: “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido” (Considerando 92°). Agregándose: “prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio” (Considerando 125°).



desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”. ¿Un magistrad@ para que se expida de esta manera no debería tener una preparación y formación diferente a aquel formado en “la vieja escuela”, en donde los Derechos Humanos quedaban reservados a la academia y a los que se dedicaban al derecho público? Parte de este interrogante subyace en la actualidad a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. ¿Qué tipo de operador jurídico va a poder comprender, interpretar y aplicar este texto legal edificado sobre otros principios y valores tan distintos a los del código que nos deja? ¿Los de antes? Los que están en condiciones de jubilarse ¿lo harán? ¿O vendrán necesarios aires nuevos o renovados en la justicia civil en general, y en la de familia en especial? Otros interrogantes más que se abren y que aquí no se cierran.

B.3) El dinamismo de los textos, de los contextos y de los conceptos

Un fundamento particular y novedoso que se observa en el fallo en análisis consistió en recordar diferentes argumentaciones que se esgrimieron a lo largo de la historia para negar el matrimonio como aconteció con “las leyes de la Alemania Nazi que prohibieron el matrimonio entre ‘judíos y súbditos de sangre alemana o asimilables’ (Ley de protección de la Sangre, 1935), o las restricciones que padecieron los negros, asiáticos e indios en Estados Unidos desde la época colonial hasta el dictado del fallo ‘Loving v. Virginia’ en 1967 (388 US 1)”, estas y otras experiencias que también se citan son hábiles para tomar consciencia sobre las razones que han estado detrás de posturas restrictivas a prohibitivas para la celebración del matrimonio. ¿La idea que subyace a este recordatorio en perspectiva histórica es que la negativa a ampliar la figura del matrimonio siempre ha sido defendida por posturas totalitarias o fundamentalistas? ¿Que la negativa a ampliar el matrimonio a las parejas del mismo sexo debería ser vista del mismo modo, fundada en argumentos claramente discriminatorios?

En esta misma línea argumental crítica de las prohibiciones, se coloca de resalto la resistencia al cambio y a entender que los conceptos como las instituciones y las leyes pueden modificarse. Para demostrar tal aseveración, se realiza una síntesis con los principales hitos normativos desde el Código Civil originario que regulaba solo el matrimonio religioso, destacándose los “tibios intentos de secularizar el instituto en la provincia de Buenos Aires, donde en el año 1824 se sometieron a los tribunales civiles las causas matrimoniales mediante ley que no llegó a aplicarse, dada la resistencia que suscitó”, pasando por la Ley 2393, la lenta igualdad de derechos entre los cónyuges en cuanto tales y en cuanto padres a través de la Ley 23264, hasta la regulación vigente al momento del fallo en materia de matrimonio civil por la Ley 23515, por impulso del resonado caso Sejean de la Corte Federal. En este contexto, se arriba a la siguiente conclusión: “Que la evolución reseñada permite descartar la idea de un significado natural o recto, y por lo tanto privado de influencias históricas, del instituto del matrimonio civil”.



Sucede que es imposible hablar de familias en plural y no mencionar la puja de tensiones que siempre ha existido en torno a una mirada religiosa o secular sobre la cuestión. ¿Acaso es casualidad que en los principales debates en el campo de familia ciertas voces o ciertos actores sociales como la Iglesia Católica hayan tenido un lugar preponderante con el objetivo de impedir tales avances o el dinamismo aludido? ¿Es posible resistirse a los cambios en un campo en el que dicho dinamismo está ínsito en la noción de familia desde el punto de vista sociológico como jurídico? Al respecto, Seijas dice: “(...) en el estado actual de secularización de las instituciones civiles no hay duda de que los sentimientos religiosos de algunos no pueden ser una guía para delimitar los derechos constitucionales de otros. Los poderes del Estado no pueden ser llamados a interpretar textos religiosos o a tomar partido en la valoración que ellos hagan de la homosexualidad, cuestión que ha causado cismas y discusiones profundos incluso al interior de diferentes religiones”.

Como cierre de nociones que cambian y a la par, rótulos u etiquetas que quedan perimidos o fuera de lugar, se explicita: “Que si las categorías de ‘malo’, ‘normal’, ‘desviado’, ‘inocuo’ o ‘peligroso’ no son predicables respecto a las opciones sexuales, si la perpetuación de tales categorías solo tiene como finalidad menospreciar a grupos minoritarios para luego justificar su exclusión de algunos beneficios sociales, entonces, deberíamos preguntarnos cómo superar tales categorías a través de decisiones racionales. Un paso importante al que una decisión judicial puede tender es al reconocimiento público de la existencia de la estigmatización y del sufrimiento infligido, y la ilicitud de las discriminaciones en que se apoyan. No se trata de saber si son posibles otras formas de vida familiar y afectiva distintas de la tradicional. Porque las tenemos delante nuestro y sabemos que existen. Se trata de saber si es posible un marco legal suficientemente genérico para adoptar sus institutos a estas realidades. De lo que se trata entonces es de advertir el contrasentido de unos derechos que se predicen como universales pero dejan a un grupo de personas excluido de su goce”. Ni qué decir del “uso de expresiones como ‘torta’, ‘trollo’, ‘invertido’, ‘puto’, ‘loca’, ‘maricón’, ‘tortillera’, ‘marica’, etc., son graves heridas a la dignidad a las que muchas personas se ven expuestas en su vida cotidiana”.

Todas estas categorías y usos del lenguaje se van a poder contrarrestar en la medida en que las parejas del mismo sexo accedan a los mismos derechos que las parejas de diverso sexo, siendo la figura del matrimonio una pieza clave desde donde comenzar toda esta tarea deconstructiva-reconstructiva.

B. 4) A iguales derechos igual denominación y figura

Uno de los argumentos que esgrime el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires como parte demandada ante la negativa de celebrar el matrimonio por parte de sus dependientes, el Registro Civil, es que “Informó que la oficial pública a cargo del Registro Civil



de la calle Uriburu ofreció a los actores la alternativa de la unión civil (Ley 1004), régimen jurídico que les permitiría concretar la aspiración de formar una familia”. Esta consideración que esgrimió el Registro Civil poco tiene que ver con el planteo que exponen Freyre y su pareja por varias razones.

En primer lugar, porque en el caso está en debate el derecho a contraer matrimonio y no cualquier otra figura familiar. En segundo término, porque es sabido que la Ley local 1004 son pocos los derechos que reconoce a las uniones civiles, ya que los derechos civiles de fondo son competencia del Congreso de la Nación. En este sentido, Seijas de manera elocuente asevera: “más allá de que otorga algunos beneficios en el ámbito de la Ciudad, carece del valor simbólico del matrimonio. Si bien muchas parejas pueden elegir quedar fuera de la carga simbólica asociada al matrimonio y, en su caso, optar por este nuevo instituto regulado en el ámbito local, el asunto se vincula con la decisión que se tome como pareja, y finalmente, con que tales opciones estén disponibles para todas ellas sin discriminación”. De este modo, fácil se puede advertir que sea cual fuere el argumento que se utilice, en definitiva, todos parten o se basan en la noción central de igualdad y no discriminación.

Este argumento que diferencia la unión civil del matrimonio y circunscribe el conflicto a este último, ha sido muy bien explicado por la escritora Claudia Piñeiro quien, días antes del debate del proyecto de ley que dio lugar a la sanción de la Ley 26618, logró que le publiquen en uno de los periódicos que más se opuso a esta verdadera conquista legal, simbólica y cultural, la siguiente nota titulada “Los dueños de las palabras”,³¹ que decía así: “Estimado director de la Real Academia Española, me dirijo a usted porque supongo que debe ser la persona indicada para responder una duda que en estos últimos tiempos se ha convertido, para mí, en una verdadera obsesión: ¿quién es el dueño de las palabras? Esa es mi pregunta, tal vez le parezca a usted tonta, o ingenua, o inútil, pero hoy es ineludible. Y luego otras preguntas que aparecen por añadidura: ¿se paga para ser el dueño de una palabra?, ¿se compran las palabras?, ¿se venden?, ¿se apropian luego de una guerra, una invasión o una simple batalla?, ¿existe título de propiedad de las palabras como existe una escritura para un bien inmueble? Estimo que usted no es ese dueño que busco, porque de lo que se ocupa el organismo que usted dirige es de tomar las palabras que todos usamos y definir las, decir qué significan, qué nombran, y tomar los cambios que los usos y costumbres van imprimiendo en ellas. Sin embargo, ya que es el material con el que usted trabaja, estoy segura de que no habrá persona más indicada para orientarme en la búsqueda de ese dueño, si es que existe. Como usted sabe, las palabras nombran la realidad, nombran todo lo que existe, sea tangible como una mesa o intangible como un sueño. Pero el camino es de ida y vuelta, porque al nombrar, las palabras también construyen la realidad. O la niegan. Por ejemplo, si alguien con el poder suficiente se apropiara de la palabra ‘casa’ y solo dejara que se llame con ese

31. Piñeiro, Claudia, “Los dueños de la Palabra”, Diario *La Nación*, 08/07/2010.



nombre a las construcciones de tres ambientes, con dos baños y patio al fondo, todas las otras 'casas' serían negadas como realidad y no les quedaría más remedio que ser nombradas de otra manera o desaparecer. Lo que no puede nombrarse con la palabra que corresponde, se niega, se ignora y desaparece. Quien nos niega el uso de una palabra, nos niega también la existencia de lo que esa palabra nombra, y si esa palabra nos nombra a nosotros, entonces quien se apropió de ella nos reduce a lo que no existe. Ahora bien, ni yo ni nadie tenemos problema con la palabra casa. Pero imagine usted que alguien se apropiara de la palabra 'amor' y definiera qué puede nombrarse así y qué no. O 'madre'; o 'justicia'; o 'dignidad'; o 'niño'; o 'sano'; o 'cultura'; o 'natural'; o 'felicidad'. Bueno, señor director, en mi país ha habido una apropiación de palabra. Alguien cree que es dueño de la palabra 'matrimonio', que puede decir qué es un matrimonio y qué no. Y no es una cuestión legal, como nos quieren hacer creer. Porque las leyes, señor director, son una construcción teórica, un acuerdo entre los hombres (y a quien lo dude le sugiero como lectura no el derecho romano ni la historia del derecho, sino *El malestar en la cultura*, de Sigmund Freud). Las leyes, como construcción teórica del hombre en su tiempo, se modifican. Si no fuera así, en mi país seguiríamos sin votar las mujeres, no habría divorcios y los hijos extramatrimoniales no tendrían los mismos derechos que los que nacieron dentro de un matrimonio, por ejemplo. Las leyes pueden modificarse, y eso lo saben, más que ningún otro, quienes lo niegan. Por eso, la verdadera batalla no está allí, sino en la propiedad de la palabra. La palabra 'matrimonio' hoy está en tránsito. Durante mucho tiempo alcanzaba con que nombrara solo a un hombre y una mujer que deciden unirse legalmente. Hoy ya no. Las palabras son materia viva. Si solo nombrara ese vínculo, hombre-mujer, estaríamos negando la existencia de algo que existe. Si la palabra matrimonio solo nombrara el vínculo heterosexual, ¿cómo llamaría yo al vínculo de años entre mis amigos Mauro y Andrés o entre mis amigas María y Vanessa? Yo quiero esa palabra para nombrarlos porque eso son. Mucho más que otros matrimonios que conozco. Mucho más que otros matrimonios que no quieren revisar el uso de la palabra porque lo que se caería es el vínculo que sostienen con alfileres. Porque hacerlo los pondría frente a un espejo donde no se quieren ver. Los que se arrogan la propiedad de la palabra matrimonio dicen: 'Bueno, que sean, que vivan juntos si quieren, pero que usen otro nombre'. Y no es ingenuo ni legal lo que plantean, es ontológico. Saben que negar la palabra, negarles ser nombrados, es negar la existencia misma. Un método que viene de los campos de concentración y de los centros clandestinos de detención donde se llamaba a las personas privadas de su libertad por un número, donde no había que nombrarlos, porque el objetivo era que desaparecieran. Estimado señor, no quiero robarle más de su precioso tiempo. Pero sé que a usted, como a mí, nos importan la palabra, su uso, y las batallas que se libran en su nombre. Espero con ansiedad su respuesta. Quiero discutir con quien diga ser el dueño de esta palabra, librar batalla. Por los amigos a los que hoy no me dejan nombrar, pero también por mí, por mis hijos y sus amigos, por la



memoria de mis padres y por todos los otros innumerables que aún hoy niega nuestra sociedad, esa que construimos entre todos”.

C) Las luchas suelen ser... luchas: complejas y tensionantes

El caso Freyre, por lo que implicaba desde el punto de vista real-jurídico además de simbólico, era de presumir que la decisión generaría fuertes resistencias.

Es así que luego de dictada la sentencia por la magistrada Seijas, los protagonistas concurren al Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires del barrio de Palermo y solicitaron turno para casarse el 1/12/2009. Sin embargo, nuevamente entra a escena la justicia nacional en lo civil con competencia en asuntos de familia, haciendo lugar a la medida cautelar promovida por la Corporación de Abogados Católicos del Colegio de Abogados y así, el 30/11/2009, decretó “la nulidad absoluta de la ceremonia matrimonial celebrada entre dos personas del mismo sexo por ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas ya que, se trata de un acto cuyo objeto atenta contra el orden público que impone el régimen del matrimonio, por no ajustarse a los requisitos que exige el art. 172 del Código Civil para la existencia del matrimonio, y lesiona el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia”.³²

Ante esta nulidad, la entonces gobernadora de la Provincia de Tierra del Fuego, Fabiana Ríos, ordenó por Decreto provincial 2996/2009 al Registro Civil de su provincia que proceda a casar a los futuros cónyuges, conforme el fallo dictado por la justicia local. Luego de este largo derrotero, el 28/12/2009 se celebra el primer matrimonio igualitario en Argentina.

Este derrotero judicial es sintetizado por Basset del siguiente modo, adicionándole adjetivos y comentarios críticos a la “avanzada judicial local”. Al respecto, puso de resalto tras el fallo aquí en análisis del Juzgado Contencioso, Administrativo y Tributario nro. 15: “Dos particulares interpusieron nulidad de cosa juzgada írrita ante el Juzgado Nacional en lo Civil N° 85, en aquel momento a cargo interinamente de otra mujer: la Juez Martha B. Gómez Alsina. La Juez dio traslado al Gobierno de la Ciudad, integró la litis con los novios —el actor solo había promovido la acción contra el Gobierno— y dictó una cautelar innovativa hasta tanto recayera pronunciamiento firme, alegando el compromiso de responsabilidades internacionales de la Argentina frente a una declaración de inconstitucionalidad que vulneraba la definición de matrimonio protegida en los Tratados internacionales suscriptos y constitucionalizados. La medida cautelar innovativa que suspendía los efectos fue apelada y confirmada por la Sala E, con los mismos argumentos que en Primera Instancia. Dicha medida se encuentra notificada a todas las partes. El matrimonio no pudo celebrarse legítimamente. Repentinamente,

32. Juzgado Nacional Civil, Nro. 85, 30/11/2009, “L., S. M. y otro c./ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, La Ley online AR/JUR/44451/2009.



los contrayentes esgrimieron un cambio de domicilio a Ushuaia. Allí, por medio de un recurso administrativo que habría sido resuelto en el día por la gobernadora, con fundamento en el fallo de la Juez Seijas, se emitió la orden instruyendo al Registro Civil local que celebre el matrimonio. Así, con fundamento en un fallo cuyos efectos estaban provisoriamente suspendidos, y con un expeditivo cambio de domicilio, se celebró un matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Ese matrimonio, según la ley argentina es inexistente. Queda aún pendiente su declaración y la indagación de cómo se produjo aquel cambio de domicilio y la celebración de matrimonio, siendo que había litispendencia y una medida cautelar que suspendía los efectos del fallo que fundaría el recurso administrativo (para lo cual hay diversas acciones judiciales en curso)”.³³

En este contexto de “idas y venidas” judiciales, se insertó el debate del proyecto de ley de reforma del régimen jurídico del matrimonio civil que extendía esta figura a todas las personas, con total independencia de la orientación sexual de sus contrayentes.

D) El amor vence al odio: las voces doctrinarias contrarias al fallo

Varias voces doctrinarias rechazaron el caso Freyre por diferentes argumentos, todos ellos en la misma tónica interpretativa que lo hicieron los fallos que se negaban a poner en crisis constitucional-convencional el derogado artículo 172 del también derogado Código Civil.

Esta postura fue sostenida por las mismas voces autorales que se resisten a todo progreso, desarrollo o avance jurídico (jurisprudencial como normativo) a tono con la idea de familias en plural auspiciada por la obligada perspectiva constitucional-convencional.³⁴

En lo que respecta al tema en análisis, la extensión del matrimonio a todas las personas con total independencia de su orientación sexual, Sambrizzi en su artículo “No puede haber matrimonio entre dos personas del mismo sexo” comienza afirmando que “El matrimonio homosexual es jurídicamente inexistente, por carecer de un requisito

33. Basset, Úrsula, “Derivaciones frente a la inexistencia de matrimonio por falta de diversidad de sexos”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2010 (mayo), pp. 257-271 (nota a fallo).

34. Ver entre otros: Sambrizzi, Eduardo A., “El relativismo moral y el derecho de familia”, *La Ley* 2013-C, 725; Sambrizzi, Eduardo A., “Maternidad subrogada. Reforma proyectada”, *La Ley* 2011-F, p. 1172; Berbere Delgado, Jorge Carlos, “Fecundación *post mortem*. ¿Hacia una forzada orfandad parental?”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2012 (octubre), p. 65; Medina, Graciela, “El proyecto de matrimonio homosexual. Vulneración del interés superior del niño. Caos filiatorio”, *La Ley* 2010-D, 1315; Basset, Úrsula Cristina, “La Adopción en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2012 (julio), p. 149; Basset, Úrsula Cristina, “La democratización de la filiación asistida”, *La Ley* 16/10/2014, 1; Basset, Úrsula Cristina, “Incidencia en el derecho de familia del proyecto de Código con media sanción”, *La Ley* 2013-F, 1056; Lafferrière, Jorge Nicolás, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y un injusto fallo sobre el embrión humano ante las biotecnologías”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (marzo), *La Ley*, 2013, p. 179; Lafferrière, Jorge Nicolás, “La Ley 26618 y sus implicaciones en materia de filiación a la luz del derecho a la identidad del niño”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2012 (marzo), p. 36; Solari, Néstor E., “Los modelos familiares en el Proyecto de Código”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2013 (julio), p. 35.



de orden natural”.³⁵ Así el “orden” como lo “natural” constituyen dos conceptos muy utilizados por una visión del derecho de familia que ha perdurado por tantísimos años a la que se puede tildar de conservadora, tradicional e hipócrita, fundada en principios del derecho canónico. En este sentido, otro autor de la misma escuela como Scala ha expresado: “como el matrimonio natural y jurídicamente está ordenado a la familia, y esta depende de la procreación, entonces ninguna unión homosexual puede basarse en un consentimiento matrimonial pleno”.³⁶

Incluso el debate en torno a la (in)constitucionalidad del matrimonio civil centrado en la diversidad de sexos permitió desenmascarar ciertas voces que eran tildadas de progresistas pero como se pudo ver, tal apertura tenía un límite bastante exiguo ya que las familias en plural solo eran defendidas en la medida que no se saliera del molde heterosexual. En este sentido, Medina en su trabajo “Un juez no puede condenar a que se cambie el concepto de matrimonio” expuso, criticando fuertemente el caso Freyre: “Consideramos que el concepto de matrimonio puede mutar cuando exista consenso social. Y que no es el magistrado de un Tribunal quien debe indicar a toda la sociedad qué concepto de matrimonio se debe tener”; agregando: “No existe ninguna duda de que los homosexuales deben ser respetados en su orientación sexual, ni que ella no puede dar lugar a discriminación, pero de allí a sostener que ellos tienen derecho al matrimonio hay un largo paso, que debe ser dado por decisión que cuente con conformidad social”. Así, Medina de manera crítica puso de resalto: “El aquelarre jurídico que se produjo a partir de esa resolución está causado principalmente porque en Argentina no existe una ley nacional, ni una jurisprudencia uniforme que dé respuestas a las innegables cuestiones que plantean las parejas del mismo sexo y que no pueden ser solucionadas por acuerdos entre partes”.³⁷ Justamente, lo que esta autora observa con preocupación, otros tantos autores y la propia historia y necesaria mirada retrospectiva, lo ha entendido como una gran virtud. Sucede que animarse a decir y, en este caso, sentenciar lo que pocos se hubieran animado a hacer en un determinado momento constituye un gran acierto, abriéndose paso a un debate psico-socio-jurídico básico en un contexto político en el que los Derechos Humanos están en la agenda pública a modo de bandera o norte a seguir, respetar y satisfacer.

Aquí Medina expone un argumento que cada vez ha tenido menos peso: la noción de mayoría. Esta afirmación se rebate de manera sencilla preguntándose qué lugar ocupa la minoría en la doctrina internacional de los derechos humanos. En este contexto, fácil se advierte que mayorías como minorías deben tener su propio lugar en la ley, máxime

35. Sambrizzi, Eduardo A., “No puede haber matrimonio entre dos personas del mismo sexo”, *La Ley*, 2009-F, 1409. Cita online: AR/DOC/4043/2009.

36. Scala, Jorge, “Derecho argentino y uniones homosexuales”, ED 212-927.

37. Medina, Graciela, “Un juez no puede condenar a que se cambie el concepto de matrimonio”, *La Ley* 2010-A, 1233. Cita online: AR/DOC/4448/2009.



cuando la ampliación de derechos a las minorías en nada perjudica a la mayoría, por lo cual, el principio de proporcionalidad y razonabilidad se inclinaría a favor de aquella solución legal que ampliara derechos en ambos sentidos. Así también, desde un plano más profundo que el que proponía Medina en esa oportunidad, sería interesante indagar sobre el peso que tiene la mayoría a través de ejercicios cívicos como el referéndum o el plebiscito para alcanzar el reconocimiento de ciertos derechos humanos. Al respecto, somos de la idea de que los derechos humanos no se someten a este tipo de “pruebas de fuego”; así como le ha ido bien a Irlanda –a pesar del fuerte apoyo económico, además de social, que brindó la Iglesia Católica para que ganara el “no”–³⁸ también se han conocido experiencias nefastas como la de Croacia, cuya consulta giró en torno al siguiente interrogante: “¿Está usted a favor de que en la Constitución se introduzca la definición del matrimonio como unión entre hombre y mujer?”, resultando ganadora la respuesta afirmativa. Se trataba de una iniciativa propuesta por una asociación católica que se impuso por sobre la negativa de realizar la consulta popular por parte de varias asociaciones LGTBI y el propio gobierno socialdemócrata, que la tildaron de discriminatoria.³⁹

Como lo advertía Basset: “el derecho argentino hasta épocas muy recientes, no conoció casos en los cuales se intentara de manera flagrante contraer matrimonio en fraude a la ley en materia tan ostensible como lo es la diversidad de sexos”. La “causante” de la revisión crítica y profunda de todo el ordenamiento infraconstitucional, en especial, en el campo de los derechos civiles, ha sido la aludida “constitucionalización del derecho civil” y a la par, las virtudes de regir un control de constitucionalidad difuso, en el que la Constitución y los tratados de derechos humanos –y la interpretación de ellos que hagan los organismos correspondientes– se aplican no solo cuando alguien lo solicite, sino siempre, es decir, de oficio, como lo expuso en varias oportunidades la Corte Federal⁴⁰ y la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁴¹

Basset comenta la situación entonces generada tras el caso Freyre, agravada, a ojos de la autora, porque además el fuero Contencioso, Administrativo y Tributario⁴² había emitido otra sentencia en el mismo sentido: “A pesar de la claridad meridiana del texto del Art. 172 C.C., dos jueces en lo Contencioso Administrativo Tributario ordenaron

38. “Iglesia católica de Irlanda se declara en ‘luto’ por legalización de matrimonio gay”, en http://www.nacion.com/mundo/europa/Iglesia-catolica-Irlanda-legalizacion-matrimonio_o_1491250938.html, compulsada el 03/06/2015.

39. <http://www.lavanguardia.com/vida/20131201/54394705010/croatas-votan-referendum-prohibicion-matrimonio-homosexual.html>, compulsada el 03/06/2015.

40. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra v. Ejército Argentino”, La Ley 2012-F, 559.

41. Compulsar entre otros: CIDH, “Ibsen Cárdenas e Ibsen Pefia contra Bolivia” del 01/09/2010; CIDH, “Gomes Lund y otros contra Brasil” del 24/11/2010 (parágrafo 176), y CIDH, “Cabrera García y Montiel Flores contra México” del 26/11/2010.

42. Nos referimos al caso resuelto por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 22/02/2010, “B., D. A. y Otros c./ GCBA”, La Ley online.



celebrar matrimonios inexistentes. Es verdad que son una minoría, y de un fuero que ha sido ya declarado incompetente en varias oportunidades respecto de estas materias. La situación mueve a perplejidad respecto a un asunto tangencial, pero incluso de igual o mayor atingencia al bien común: la crisis en orden a la institucionalidad. En estos casos, no hay disimulo siquiera en la alteración pretoriana del texto legal”. Como no podía ser de otro modo, la noción de “naturaleza” vuelve a estar presente en el discurso hasta hace un tiempo predominante al concluir: “consideramos que el matrimonio tiene una finalidad social propia, que solo se cumple adecuadamente con la complementariedad derivada de la diversidad de sexos. Esa finalidad natural es la que recogen los Tratados internacionales, al garantizar el derecho humano al matrimonio, solo si media diversidad de sexos”.

III. LA JUSTICIA COMO PUENTE PARA CAMBIOS LEGALES: LA LEY 26618 DE “MATRIMONIO IGUALITARIO”⁴³

Excede –y con creces– ingresar en el análisis de la Ley 26618, simplemente y de mínima, no se puede dejar de señalar el rol preponderante, central, hasta determinante que ha tenido el caso Freyre en una lucha mucho más profunda y compleja por extender el reconocimiento de derechos a formas de vida, de identidad y de familias que hasta hace un tiempo estaban totalmente silenciadas desde el plano legal.

Es sabida la importancia de un precedente judicial cuando en el ínterin se debate un proyecto de ley sobre la misma temática; no solo para apoyar desde un lugar de autoridad sino, a la vez, para acorralar y deslegitimar otro tipo de figuras como la ya mencionada unión civil, de hecho o convivencias de pareja, por mencionar las diferentes denominaciones que ostentaron otros proyectos de ley que pretendían acallar todo supuesto intento de “destrucción de LA familia”.

43. Ver entre tantísimas obras y artículos de doctrina: Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, op. cit., Martín Aldao y Laura Clérico (compiladores), *Matrimonio Igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010; Bimbi, Bruno, *Matrimonio Igualitario*, Buenos Aires, Planeta, 2010; Néstor Solari - Carolina Von Opiela (directores), *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618*, Buenos Aires, La Ley, 2011; Zannoni, Eduardo A., “Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ideología de género y derecho de familia”, en *La Ley*, 2011-B, 742; Böhmer, Martín, “El principio de dignidad y la sanción del matrimonio igualitario”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 2011-48-35; Krasnow, Adriana N.; Iglesias, Mariana B.; De Lorenzi, Mariana, “Matrimonio civil entre personas de igual sexo. Un análisis desde el derecho de familia y sucesorio. Comentario de Ciuro Caldani, Miguel Á.”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, N° 55, p. 365 y ss.; Chechile, Ana María - Muñiz, Javier, “El matrimonio igualitario en el derecho latinoamericano: el debate se encuentra en marcha”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 2011-48-229; Krasnow, Adriana N., “La familia y sus formas. Impacto de la Ley 26.618”, 29/10/2010, MJ-DOC-4976-AR | MJD4976; Cárdenas, Eduardo, “Sobre que dos personas del mismo sexo puedan casarse, y sobre que puedan tener y criar hijos: algunos pensamientos tentativos alrededor de este proceso hasta el presente y su posible evolución”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 2011-48-45.



Así, el 04/05/2010 la Cámara de Diputados de la Nación, con el apoyo y la voluntad política del partido oficialista para que la ley de matrimonio igualitario sea una realidad en la Argentina, aprobó y dio media sanción al proyecto presentado por la diputada Ausburger y otros tantos diputados más,⁴⁴ conforme las modificaciones consensuadas sobre la base del proyecto presentado por la diputada Vilma Ibarra y otros.⁴⁵ De esta manera, con 126 votos a favor, 110 en contra y seis abstenciones, el proyecto giró a la Cámara de Senadores de la Nación. El 15/07/2010, el Senado aprobó el dictamen con las modificaciones aprobadas en la Cámara de Diputados por 33 votos a favor, 27 en contra y 3 abstenciones. La Ley 26618 fue promulgada el 21/07/2010 y publicada en el Boletín Oficial dos días después. Es de hacer notar que en ambas Cámaras, sobre todo en la Cámara de Diputados, los votos a favor de la ley provinieron en su mayoría de diputadas mujeres. ¿Será casualidad que también los fallos locales a favor de la inconstitucionalidad del entonces art. 172 del Código Civil fueron emitidos por mujeres?

A modo de homenaje a una verdadera conquista legal que abrió una nueva lógica desde donde y cómo mirar el derecho de las familias, cabe recordar algunos argumentos de peso que se esgrimieron en el recinto del Congreso Nacional.

Así, la entonces diputada Vilma Ibarra sostuvo: “No abordamos el matrimonio católico, no abordamos el matrimonio de la religión judía, no abordamos el matrimonio de los musulmanes. Repito: estamos tratando leyes civiles en un Estado laico. Necesariamente debemos abordar este tema desde el punto de vista de un Estado democrático constitucional”.⁴⁶ Por su parte, la ex diputada Marcela Rodríguez en clave igualitaria manifestó: “Si hablamos de ‘personas’ y si todos somos iguales ante la ley como lo establece nuestra Constitución Nacional, ¿por qué queremos asignar otro nombre a la unión definitiva entre parejas del mismo sexo? Estamos mostrando la hilacha; estamos mostrando discriminación por sutil que sea. Esto es como decir ‘los blancos a la primera parte del ómnibus, y los negros a la segunda parte del ómnibus aunque allí esté más fresco en verano’”.⁴⁷ Por último, citamos un párrafo que pertenece al discurso pronunciado por el entonces senador Daniel Filmus quien ensayó una respuesta contundente respecto a una de las principales “preocupaciones” esgrimidas durante el debate legislativo,

44. N° de expediente 1737-D-2009, Trámite Parlamentario: 16/04/2009, Firmantes: AUGSBURGER, Silvia, DI TULLIO, Juliana, GORBACZ, Leonardo Ariel, RODRÍGUEZ, Marcela Virginia, RICO, María del Carmen, CARLOTTO, Remo Gerardo, MACALUSE, Eduardo Gabriel, MORANDINI, Norma Elena, LOZANO, Claudio, ARETA, María Josefa, CÉSAR, Nora Noemí, BONASSO, Miguel Luis, CORTINA, Roy y BARRIOS, Miguel Ángel.

45. N° de Expediente: 0574-D-2010, Trámite Parlamentario: 05/03/2010, Firmantes: IBARRA, Vilma Lidia, ITURRASPE, Nora Graciela, STOLBIZER, Margarita Rosa, STORANI, María Luisa, MERCHAN, Paula Cecilia, SABBATELLA, Martín, ROSSI, Agustín Oscar, PARADA, Liliana Beatriz, BASTEIRO, Sergio Ariel, RIVAS, Jorge.

46. Citado en Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, op. cit., p. 71.

47. *Ibíd.*, pp. 74-75.



y que pareciera que aún algunas voces minoritarias se animan a seguir defendiendo,⁴⁸ que gira en torno a la supuesta conculcación del interés superior del niño. De manera elocuente, resaltó: “La abrumadora mayoría de estudios realizados en los últimos cuarenta años en varios países demuestra que no hay ninguna diferencia sustantiva entre niños y niñas que han sido criados en un hogar homoparental o heterosexual”.⁴⁹

El caso Freyre como los demás que siguieron la misma tónica, como la ley misma, contó no solo con el apoyo sostenido y unido de diferentes agrupaciones y movimientos en defensa de los derechos de LGBTI y el aval del partido político de turno, sino también con el sostén de la comunidad académica jurídica proveniente, en su gran mayoría, del derecho constitucional y/o de derechos humanos, así como de científicos del CONICET e investigadores/as nacionales que emitieron un muy buen documento redactado por Carlos Figari acerca de la ley de matrimonio universal y los derechos de las familias de lesbianas, gays, bisexuales y trans. En esta pieza se expresaba a modo conclusivo: “Como reflexiona Pecheny: ¿Qué es lo que determina que rasgos del cuerpo o la identidad, como pudieran ser los ojos azules, el albinismo, o la sexualidad, sean patológicos o no? ¿Que sean aceptados o repudiados? La naturaleza no tiene ni la voluntad ni la capacidad de acción o de juicio. Las calificaciones éticas y políticas solo las pueden hacer los seres humanos. Las cuestiones éticas y políticas no las resolverán los científicos, *pero a veces se vuelve conveniente desmentir con datos los prejuicios revestidos de científicidad, que se repiten con el objetivo de perpetuar la desigualdad y la injusticia*”.⁵⁰

Autor que una vez sancionada la ley sostuvo: “En definitiva, la ley de igualdad es el vértice de un proceso que produjo antes y producirá en el futuro una compleja serie de reposicionamientos semánticos y políticos que afectarán mucho más que los derechos de una minoría. Este proceso abre un campo temático y libera una serie de fuerzas e intereses que sin duda se articularán equivalentemente en pos de una radicalización de procesos de democratización y pluralismo en Argentina”.⁵¹

48. De este modo, Berbere Delgado, al referirse a la regulación que propone el nuevo Código Civil y Comercial en el campo de la filiación, expresó: “Entendemos que el hijo necesita de un modelo masculino (función paterna) y uno femenino (función materna) advirtiendo sobre la posible ausencia de esas funciones, significando esto que no cualquiera ni de cualquier forma puede ejercer esas funciones, ello para un desarrollo en plenitud de sus capacidades psicosociales, también se advierte sobre la posible multiplicación de maternidades y paternidades y sobre sus consecuencias en la creación de hijos frágiles y desorientados”. “El Derecho Filial en el proyecto de Código Civil y Comercial - Nuevos paradigmas”, *Derecho de Familia y de las Personas* 2012 (julio), 141 y ss. En este orden de ideas, se esgrimieron afirmaciones como la que realizó Basset al decir: “Humildemente consideramos que hubiera sido más simple dejar el matrimonio para los pocos osados que se atrevieran a ingresar a esa institución (con fidelidad, cohabitación, perdurabilidad, etc.) y abrir el abanico de opciones para los que quieren pactar o ingresar a otras modalidades más ‘light’ de relación. Seguimos pensando que el derecho debería ofrecer más derechos y no restringir los existentes”. “El matrimonio en el Proyecto de Código”, *La Ley* 2012-E, 912.

49. *Ibíd.*, p. 90.

50. Figari, Carlos, “Per scientiam ad justitiam!”, en *Matrimonio para todos y todas. Ley de Igualdad*, Federación Argentina LGBT, p. 50, disponible en http://www.lgbt.org.ar/archivos/Libro_Senadores2.pdf

51. Figari, Carlos, “Matrimonio Igualitario: ciencia y acción política”, en Solari, Néstor y Von Opiela, Carolina (directo-



IV. LA LEY 26818 COMO PUENTE PARA UNA REFORMA PROFUNDA DEL CÓDIGO CIVIL Y SU UNIFICACIÓN CON EL COMERCIAL

¿Se hubiera podido lograr un nuevo Código Civil y Comercial sin las conquistas logradas en nombre de la igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual? La nueva legislación civil y comercial en lo atinente a las relaciones de familia le debe mucho a la Ley 26618 y a todos los debates, interrogantes y reajustes (por dar un ejemplo, el Decreto 1006/2012 en lo atinente a los hijos nacidos antes de la Ley 26618 y cuyas madres después contrajeron matrimonio) que se han tenido que llevar adelante para estar a tono con esta legalidad.

Los Fundamentos del Anteproyecto de reforma, antecedente directo del Código Civil y Comercial, explicitan sobre qué valores axiológicos a modo de cimientos se edificó toda la nueva normativa.

En lo que aquí interesa, el matrimonio igualitario, cuatro principios son básicos: a) la llamada **“Constitucionalización del Derecho Privado”**, al afirmarse que “La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al aceptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”, b) el ser un **“Código de la igualdad”**, lo que implica reconocer que “los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”; c) el ser un **“Código basado en un paradigma no discriminatorio”**, entendiéndose que “en la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza”, y d) el ser un **“Código para una sociedad multicultural”**: “En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación *in vitro*; en el régimen legal de las personas menores de edad también se aceptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya aceptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es

res), *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes. Implicancias. Efectos*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 132.



de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender”.⁵²

Entre las principales modificaciones e incorporaciones que trae consigo la nueva legislación civil y comercial que responden a la idea de igualdad y no discriminación por la orientación sexual, cabe destacar en primer lugar el art. 402, que es una réplica de lo que expresa el art. 42 de la Ley 26618: “Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que este produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”; articulado que yace dentro del Capítulo 1 del Título I del Libro Segundo sobre: “Principios de libertad y de igualdad”.

Más allá de ser este el pilar y norte de toda la regulación del derecho matrimonial en el nuevo Código Civil y Comercial, el reiterado principio de igualdad y no discriminación también está muy presente al regularse el derecho filial, no solo al incorporarse las técnicas de reproducción humana asistida como tercera causa fuente filial con sus propias reglas⁵³ y cuya columna vertebral es la conocida “voluntad procreacional” que ha tenido su reconocimiento en varios precedentes del fuero contencioso, administrativo y tributario local,⁵⁴ sino también al regularse la filiación por naturaleza apelándose a la

52. Lorenzetti, Ricardo L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, La Ley 2012-C, 581.

53. Para profundizar sobre este tema recomendamos compulsar entre otros: Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, “Los criterios de la determinación de la filiación en crisis”, en Gómez de la Torre, Mariacruz (directora) y Lepin, Cristian (coordinador), *Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Desafíos del Siglo XXI: Una mirada interdisciplinaria*, Abeledo Perrot-Thomson Reuters- Escuela de Posgrado, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Chile, Santiago, 2013, pp. 127- 163; Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida”, en *Revista de Derecho Privado. Bioderecho*, nro. 1, Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, pp. 3-45, 2012; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa, Lamm, “Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”, La Ley 2012-E, 1257; De la Torre, Natalia, “Ayer, hoy y mañana en técnicas de reproducción humana asistida”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 2013-V, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 98 y ss.; Krasnow, Adriana N., “Técnicas de reproducción humana asistida. La Ley 26.862 y el Proyecto de Código”, La Ley 2013-E, 1023; Gil Domínguez, Andrés, “El derecho a la vida en el Proyecto de Código”, La Ley 2012-E, 1376; Herrera, Marisa y De La Torre, Natalia, “¿Habrá que jugarle al tres? La perspectiva tripartita de los tipos de adopción en el Proyecto de reforma del Código Civil”, Abeledo Perrot, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 58, 2013, p. 137 y ss.; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, “Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)”, Cita Microjuris online: MJ-DOC-5752-AR | MJDS752; La filiación biológica o por naturaleza en el Código Civil y Comercial: Las TRHA como una tercera fuente filial. González, Mariana E. AR/DOC/1296/2015. Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 27; Rodríguez Iturburu, Mariana, “La determinación filial en las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial. La voluntad procreacional y el consentimiento informado”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 67, La Ley online AR/DOC/1325/2015.

54. Confr. Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, M.



presunción de filiación del cónyuge o a la impugnación de la filiación presumida por ley, es decir, utilizándose términos más neutros o igualitarios.⁵⁵

Por último, y a los fines de tomar dimensión de cómo la nueva legislación civil y comercial se hizo eco de las grandes transformaciones jurídicas que se han expuesto a lo largo del presente trabajo, es sabido que algunos cambios incorporados durante el debate en el Congreso de la Nación (más precisamente, en la Cámara de Senadores en fecha 28/11/2013) respondían a la compatibilidad o coherencia con la ley de identidad de género. Por citar un caso, el art. 562, que regula precisamente la mencionada voluntad procreacional, expresa: “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los Artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”. Como se puede observar, aquí no se alude a la mujer que da a luz sino directamente y de modo general “a quien da a luz” ya que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 26743 si una mujer solicita el cambio de género y para ello no es necesario haber tenido que recurrir a ninguna intervención quirúrgica, y después este hombre trans queda embarazado, este niño nace de quien es hombre jurídicamente hablando y por lo tanto, quien da a luz es padre y no madre.

En definitiva, fácil se concluye la importancia que han tenido todos los debates y conquistas judiciales y legales en el campo de la igualdad y no discriminación por razón de la orientación sexual y el género en la elaboración del nuevo Código Civil y Comercial, al punto de preguntarnos si habría habido una modificación sustancial o de raíz de la legislación privada si no se hubieran producido todos estos hitos jurídicos. ¿Acaso se podría sostener que es casualidad que los principales cambios y también embates por parte de voces conservadoras que aún se hacen escuchar en el derecho actual, se hayan esgrimido en el campo de las relaciones de familia, justo el que más se ha modificado de facto como de ley?

del P. C. y otra c/GCBA, 07/04/2011, cita online: AR/JUR/15967/2011; Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, M. Y. M. y otros c/GCBA s/amparo, 12/07/2011, La Ley 2011-D, 315; Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario Nro. 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, V. A. F. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA), 24/06/2011, cita online: AR/JUR/27511/2011.

55. Para profundizar este otro tema recomendamos compulsar: Herrera, Marisa, Lamm, Eleonora, “Acciones de impugnación de filiación”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial 2014, Tomo I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014, p. 836 y ss.; Peracca, Ana G., “Principales modificaciones en materia de acciones y prueba”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 3; Krasnow, Adriana N., “La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación”, *Derecho de Familia y de las Personas* 2013 (octubre), 18; Famá, María Victoria, “Desplazamiento filial en el Proyecto de Código”, La Ley 2013-B, 633; Lloveras, Nora, “La filiación: las fuentes y las acciones en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho de Familia* nro. 66, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 153; Alesi, Martín B., “Las acciones de filiación por naturaleza en el proyecto de Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho de Familia* nro. 57, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 233; Krasnow, Adriana N., “La filiación en el hoy y en el mañana”, *Revista de Derecho de Familia* nro. 56, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 155.



V. BREVES PALABRAS DE CIERRE

Festejar conquistas judiciales como el caso Freyre nos ha llevado a realizar un buen y necesario ejercicio retrospectivo, es decir, detenernos a recordar cada uno de los logros alcanzados en materia de igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual; se trata de una loable actividad que suele dificultarse dada la vorágine que nos impone la vida moderna, se trata de tomar consciencia de cómo ciertas luchas acaloradas han dado sus frutos, y del lugar, la responsabilidad que cada uno ha tenido en todo este devenir hacia una figura que marcó un antes y un después en el derecho de familia como lo es el matrimonio igualitario.

Argentina ha sido el primer país en la región latinoamericana en extender la institución más tradicional del derecho de familia como lo es el matrimonio a todas las personas, con total independencia de la orientación sexual; no fue tarea sencilla. Ya lo ha dicho José Martí: “De hombres de sacrificio necesita la libertad: no de hombres que deshonren o mermen o abandonen a los que están prontos al sacrificio, al sacrificio racional y útil, al sacrificio de los de hoy, para la ventura de los de mañana”.

Reanalizar el caso Freyre es, en definitiva, recordar conquistas; momentos de exaltación y de ciertos desencantos. Volver a encontrarnos con algunos debates y argumentos falaces que aún se siguen encontrando en la doctrina nacional⁵⁶ que resiste a darse

56. Sobre el matrimonio igualitario se han sostenido afirmaciones del siguiente tenor: “La imposibilidad de cumplimiento del objeto, en virtud de la ausencia de bipartición sexual, se produce fundamentalmente en tres planos: i) en la imposibilidad de cumplir el objeto mismo en el plano de la consumación matrimonial, signo material del consorcio; ii) en la imposibilidad de cumplir con algunos deberes derivados de la esencia de objeto matrimonial; y iii) en la imposibilidad de cumplir con las dimensiones sociales y políticas del matrimonio.” (Basset, Úrsula Cristina, “Estudio sobre algunos aspectos relativos al reclamo de reforma en torno al matrimonio”, SJA 4/8/2010). Como también se ha dicho que “el Anteproyecto abreva primordialmente en la filosofía inmanentista que considera que el matrimonio, la familia y la sexualidad humana son realidades que no dependen de factores objetivos o naturales, sino estrictamente de planteamientos subjetivos, esto es, de las mutantes ideologías individuales y colectivas y de la voluntad de los individuos o los Estados. (...) Cuando afirmamos que la persona humana fue creada a imagen y semejanza de Dios, importa aseverar también que esa condición de la criatura humana reside en la dualidad varón-mujer.” (Perrino, Jorge Oscar, “Matrimonio en el Proyecto de Código Civil”, Abeledo Perrot online AP/DOC/4375/2012). En el mismo sentido, es decir, lejos de la idea de un Estado laico y plural, Basset expresó: “En el Proyecto de Código hay libertad de ser swinger, de llevar adelante un matrimonio abierto, no respetar la fe mutua de los cónyuges, no convivir; pero no hay libertad de ser fiel al voto moralmente más exigente de perdurabilidad del vínculo matrimonial, que beneficia a la sociedad. Vale decir, hay libertad para la laxitud, pero no hay libertad para las opciones morales exigentes”. “El matrimonio en el Proyecto de Código”, La Ley 2012-E, 912. Más explícitas aún –aunque igual de homofóbicas– son las afirmaciones de Starópoli al expresar: “Pareciera que al permitir el ‘matrimonio’ homosexual se hace creer que el matrimonio sirve para normar las relaciones de pareja y esa no es su función; las parejas de adultos no necesitan ninguna ley para juntarse, largarse o fijar sus propias pautas de convivencia. El matrimonio se hizo para proteger a la familia, no a la pareja y al reducir el matrimonio a una mera regulación de la pareja se está distorsionando su institucionalidad. El matrimonio es para instituir a la familia y no a la pareja. De la relación heterosexual (hombre y mujer) surge la prole, el matrimonio se hizo para normar la existencia de esas personas y garantizar su subsistencia en el tiempo. Y como la sociedad debe su supervivencia a la familia fundada sobre el matrimonio, es necesario que la unión estable de un hombre y una mujer con el fin de la procreación, sea tutelada por las leyes. Si no se reconoce y se protege esta institución matrimonial, la sociedad misma se pone en riesgo. Cosa que no pasará con la unión homosexual” (Staró-



cuenta de que el orden legal se ha, en buena hora, subvertido. Es que el ordenamiento jurídico civil ya no es el mismo gracias, en gran parte, a los avances auspiciados por el principio de igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual en los términos, con los alcances, el contenido y la postura atrevida esgrimida en el fallo del 10/11/2009 del Juzgado Contencioso, Tributario y Administrativo nro. 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Seijas tenía razón cuando en aquel momento dijo que “no es posible saber qué sucederá con el matrimonio frente a los cambios que se avecinan. Sin embargo, es posible prever que la inclusión de minorías sexuales en su seno le permitirá ser fuente de nuevas curas para las viejas enfermedades sociales, como el miedo, el odio y la discriminación”. El tiempo y la historia le dieron la razón.

Como lo ha dicho un internacionalista francés, René Dupuy, en *La emergencia de la Humanidad*: “Vivimos en un mundo en el que, por fuerza, hay que hacerles sitio a todos. No se puede huir de los otros; no existe otro lugar”.

Si de matrimonio se trata, fácil se concluye que el fallo proveniente de un fuero que está cumpliendo sus bodas de cristal, ha sido el puntapié inicial para que, como sociedad, nos hayamos animado a judicializar, debatir, regular y en definitiva, disfrutar de vivir en libertad signada por el respeto y reconocimiento de identidades y familias en plural.

Por si las casualidades existen, es dable destacar que el mismo día que se recibió la prueba de galera del presente artículo era tapa de los principales medios de comunicación del mundo la noticia de que la Corte Federal de Estados Unidos en fecha 26/06/2015 dictó sentencia en el caso *Overgefell vs. Hodge*, en el que por 5 votos contra 4, se dispuso que todos los estados deben reconocer el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio.

poli, María del Carmen, “El interés superior en la adopción homoparental - Entre lo que se quiere y lo que conviene”, *Derecho de Familia y de las Personas* 2012 (diciembre), 01/12/2012, p. 19 y ss.).



11.

“FUNDACIÓN ACCESO YA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO [ART. 14 CCABA]”

ADECUACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS A LAS NORMAS DE
ACCESIBILIDAD

Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA

3 de marzo de 2011



REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCIÓN, LA LEY, LA ADMINISTRACIÓN Y LA JUSTICIA

Por Carlos I. Salvadores de Arzuaga*

SUMARIO

“Fundación Acceso Ya c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/Amparo”

1. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por mandato de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño (con jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22 de la CN), los arts. 14 y 16 de la Constitución Nacional, la ley 22.431 y su modificatoria ley 24.314, el decreto reglamentario 914/97, los arts. 11, 23, 24, 39 y 42 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, leyes 114 y 962 de la Ciudad debe adoptar las medidas positivas para permitir la accesibilidad al medio físico para la personas menores de 21 años con discapacidad motriz o capacidad motriz restringida que concurren a establecimientos escolares públicos y/o privados de la Ciudad –sentencia de primera instancia–.
2. Las normas referidas a derechos humanos establecidas en los tratados pueden operar inmediatamente, sin requerir disposición legislativa (conf. doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Ekmekdjian c/Sofovich” del 7/7/92, LL1992-C-540). En igual sentido el art. 10 de la Constitución de la Ciudad garantiza la operatividad de los derechos tanto de los tratados internacionales como los de la Constitución Nacional –sentencia de primera instancia–.
3. El Gobierno de la Ciudad debe hacer un relevamiento de todos los establecimientos escolares de la Ciudad, sean de gestión pública como privada, para verificar el cumplimiento de la ley 962 para las personas menores de 21 años con capacidad motriz restringida o discapacidad motriz. En el caso de los establecimientos públicos que no cumplan con la norma citada, el Gobierno deberá presentar un

* Abogado graduado en la Universidad del Salvador, Máster en Ciencia de la Legislación de la Universidad de Pisa, Profesor Titular Ordinario de Historia y Derecho Constitucional en la Universidad del Salvador, profesor de grado y posgrado en universidades nacionales y extranjeras, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.



plan de ejecución de obras que garantice la accesibilidad; en el caso de los privados deberá informar las medidas que adoptó en virtud del ejercicio del poder de policía y acreditar las intimaciones a los establecimientos para que subsanen las irregularidades –sentencia de primera instancia–.

4. No existe un “desborde” de las competencias propias cuando por la Constitución porteña los derechos fundamentales y en especial los de las personas con discapacidad motriz tienen un mandato de eficacia y vigencia. En este sentido se refieren los artículos 42, 23 y 24 de la Constitución. Es obligación de los jueces señalar al Gobierno los mandatos constitucionales que no se cumplen y, con respecto al caso, que adopte las medidas pertinentes para la vigencia de esos derechos –sentencia de primera instancia–.
5. No es materia de disputa el derecho de las personas con discapacidades motrices de acceder integralmente y sin desventajas a la educación –sentencia de Cámara.
6. Los 9 años de inactividad desde la sanción de la ley 962 del Gobierno de la Ciudad, la ausencia de elementos que acrediten la gestión administrativa en ese sentido, no justifican de manera alguna la argumentación de la demandada sobre el contenido “meramente programático” de la cláusula constitucional, y que advertir sobre la omisión en la ejecución de una política pública constituye una invasión a la atribución del Ejecutivo. En consecuencia aludir a “políticas públicas”, a “cuestiones presupuestarias” son expresiones dogmáticas irrelevantes –sentencia de Cámara–.
7. Existe una política pública definida en la ley 962 y en la ley 114 que obliga a la Administración a cumplirla con acciones positivas, lo que no se acreditó en el caso. Además la Ciudad se adhirió a ley nacional 22.431 que regula el Sistema Integral de Protección de los Discapacitados y su decreto reglamentario 914/97 –sentencia de Cámara–.
8. Configurar la omisión requiere primero determinar el deber jurídico previo. Cuando se analiza la omisión de la autoridad pública se debe determinar la existencia o no de una política pública y la satisfacción del derecho involucrado. Es deber de buena administración comprobar las medidas adoptadas y la eficacia en el resguardo del derecho constitucional en cuestión –sentencia de Cámara–.
9. Si las políticas públicas están claras y detalladamente definidas, los cuerpos políticos deben proveer los recursos para su cumplimiento, es una excusa invocar la política presupuestaria para ignorar disposiciones constitucionales e incluso disposiciones legislativas que regulan la materia –sentencia de Cámara–.



I. INTRODUCCIÓN

La juez de primera instancia funda su sentencia en los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos (con jerarquía constitucional en virtud del art. 75, inc. 22), en los arts. 14 y 16 de la Constitución Nacional, en la ley 22.431 y su modificatoria ley 24.314, el decreto reglamentario 914/97, en los arts. 11, 23, 24, 39 y 42 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y en las leyes 114 y 162. Pero, como lo señala la Cámara, no está en discusión la existencia o no de protección constitucional de los derechos de las personas menores de 21 años con discapacidad motriz o capacidad motriz restringida. Está en debate la omisión del Gobierno en el cumplimiento de una obligación legal, la ley 962¹ y la ley nacional 22.431 y su modificatoria ley 24.314.²

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad confirma la sentencia de primera instancia recaída en los autos “Fundación Acceso Ya c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/Amparo”, en la que se ordena al Gobierno de la Ciudad, en lo sustancial, que “cese en su omisión de adoptar las medidas positivas para cumplir con la accesibilidad al medio físico, a la adaptabilidad y supresión de las barreras arquitectónicas, para las personas menores de 21 años con discapacidad motriz o capacidad motriz restringida, que concurren a establecimientos escolares públicos y/o privados de la Ciudad de Buenos Aires”.

Es evidente que tiene impacto en la distribución de las funciones de gobierno que un juez ordene al Ejecutivo hacer algo. También nos convoca a reflexionar sobre la tensión que se produce cuando la fuente de la obligación es legal y no directamente constitucional.

La Constitución, su significado; la ley como instrumento de la política, los deberes de la Administración y el rol de la Justicia concurren en esta sentencia.

II. LA CONSTITUCIÓN

Se advierte, preferentemente en la primera instancia, algunos excesos en la convocatoria a disposiciones constitucionales como supranacionales, cuando la riqueza de la hermenéutica judicial está en ordenar aplicar la ley por su sola fuerza normativa y en razón de la autoridad con que está investido el juez por la Constitución.

1. Ley que modifica el Código de Edificación, que se sancionó el 5 de diciembre de 2002 y se denominó “Accesibilidad física para todos”.

2. Esta ley establece “un sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a asegurar a estas su atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales”, al que se adhiere la Ciudad de Buenos Aires, y también al decreto reglamentario 914/97 mediante la ley 161 del 25 de febrero de 1999.



Si nos preguntamos qué es una Constitución, o mejor dicho cuál es su significado, sin recurrir a los clásicos, nos puede ilustrar Tribe, más allá de que se refiera a la Constitución de los Estados Unidos: “Desde su creación, la Constitución fue percibida como un documento que buscaba establecer un equilibrio delicado entre el poder del gobierno para lograr los grandes propósitos de la sociedad civil, por un lado, y la libertad individual por el otro”.³ Desde la visión europea Fioravanti apunta: “Con las constituciones democráticas de este siglo vuelve al primer plano otro aspecto, el de la Constitución como norma directiva fundamental (*costituzione-indirizzo*), que dirige a los poderes públicos y condiciona a los particulares de tal manera que asegura la realización de los valores constitucionales. Una materia típica de la Constitución como norma directiva fundamental es, por ejemplo, el goce de los derechos sociales, así el derecho a la educación o a la subsistencia o al trabajo”.⁴

En los primeros tiempos también nuestra Corte lleva una línea argumental similar. En “Carlos H. Bressani”, dijo: “el mayor valor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante 40 años, sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la forma que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas. Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de las ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación”.⁵ Años antes en “Geddes hnos.”, aseguraba que “cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza y significado propio no debiendo suponerse que ha sido inútilmente usada o agregada y rechazarse como superflua o sin sentido”.⁶

En esta línea argumental, indica la Corte que las normas de la Constitución “deben ser interpretadas en forma coherente, de manera que armonicen entre ellas y no traben el eficaz y justo desempeño de los poderes atribuidos al Estado para el cumplimiento de sus fines del modo más beneficioso para la comunidad y los individuos.”⁷

No interpretar la Constitución como una ley común se señala en “Arenera El Libertador”, pues deben evitarse “distingos más menudos, surgidos de ramas del derecho ocupadas centralmente de asuntos infraconstitucionales, cuando pueden producir

3. Tribe, Laurence H. y Dorf, Michael C., *Interpretando la Constitución*, Ed. Palestra, Lima, 2010, p. 39.

4. Fioravanti, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid, 2009, p. 129.

5. 1937, Fallos 178:9.

6. 1902, Fallos 95:327.

7. “Grisolia” 1956, Fallos 234:482.



una fragmentación de las cláusulas constitucionales que desnaturalice su contenido o imponga diferenciaciones innecesarias cuando no perturbadoras, de su comprensión”.⁸

No nos es extraño el impacto normativo que tuvo nuestra Constitución con la reforma de 1994 sobre derechos humanos. Coincidimos con Bazán en que: “La asignación de cotización constitucional a los instrumentos internacionales sobre derechos esenciales, a su vez, ha traído consigo la ampliación cuantitativa y cualitativa del plexo de derechos implícitos y expresos; fortaleciendo además la operatividad de los principios *pro persona* o *favor libertatis* y *pro actione*, con las pautas que de ellos se desprenden, v. gr., *pacta sunt servanda* e interpretación de buena fe de los compromisos internacionales asumidos en la materia. Paralelamente, ha vigorizado el postulado que proscribiera alegar la existencia o la inexistencia de normas de derecho interno para justificar la preterición de los compromisos internacionales; axioma que, de no ser respetado, desencadenaría la responsabilidad internacional del Estado”.⁹

Las especiales circunstancias del caso requieren una atención y consideración valorativa y prudente que comprometen al intérprete judicial, “su específica misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, a ponderar cuidadosamente aquellas circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma, conduzca a vulnerar derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto”.¹⁰

Por un lado, la Constitución significa o mejor dicho constituye un modelo político, cuya perdurabilidad reposa en el dinamismo o la adecuación que puede darle el intérprete. Está en juego el orden y la distribución del poder, determinante al definir el modelo político adoptado. Desde otro aspecto, el intérprete debe definir la regla de convivencia entre el interés particular de uno con el conflicto o tensión con el otro, o entre el interés particular y el interés colectivo. Resulta que desde una arista está en observación la estabilidad y continuidad del modelo político y de la otra, la paz social.

Esta sucesión de expresiones pretorianas que con alguna indiferencia y hasta livianidad pueden ser calificadas de antigüedades jurisprudenciales, con poca o ninguna aplicación para unos, o conocidas reglas o máximas que no ayudan a modernizar la sociedad, equilibrar las desigualdades y profundizar la solidaridad de la comunidad, mucho se equivocan.

La interpretación de la Constitución es mucho más compleja, necesita o requiere de una visión jurídico-política cuyo vértice es la prudencia. Además, actualmente la

8. Fallos 314:595.

9. Bazán, Víctor: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y algunas líneas jurisprudenciales salientes en materia de derechos fundamentales”, Sup. Const. 2012 (marzo), 29/03/2012, 1 - La Ley 2012-B, 966.

10. “Seguir y Dib”, LL 1981-A-401.



autoridad pública tiene la obligación de adoptar acciones positivas tendientes a obtener la realización de los derechos. Frente a ello, la amplitud que puede dársele a la extensión de un derecho y los medios para su goce bien puede poner en crisis el sistema político que le da sustento a su existencia.

Los límites que le impone la Constitución a cada uno de los poderes de gobierno no solo importan evitar el exceso funcional, sino también la sustitución en uno por otro en la ejecución de funciones que no le son propias. Y esto no solo es un problema de orden y funcionalidad, sino de la representatividad que, en principio, tiene cada uno de los poderes de gobierno.

Es evidente que el carácter fundamental y supremo que tiene la Constitución pone al intérprete ante la necesidad de ajustarse al mandato de estabilidad en aras de la seguridad jurídica y la flexibilidad propia que exigen los tiempos diferentes.

Esto nos lleva a sostener que no resulta saludable que las sentencias abunden en citas constitucionales cuando no solo son innecesarias, sino de una generalidad tal que confunden tanto al litigante como al público, cuando deben ser la expresión no solo de lo justo sino de lo ejemplar. El respeto a la Constitución es un deber de docencia, también para los tribunales, por ello su articulado no debe ser citado como mero recetario sin justificar el señalamiento.

III. LA LEY

La ley es el instrumento por excelencia para gobernar, es la viva manifestación de la política arquitectónica. Es a través de la ley por donde se instrumentan las “políticas públicas”. Por lo menos es la concepción que ha triunfado en Occidente y a partir de donde se estructura el Estado de Derecho.

Evidencia la afirmación solo advertir que nuestra Constitución cita expresamente la “ley” sesenta y seis veces. Sin ley no hay gobierno republicano y sin respetarla no hay sociedad democrática.

No queremos decir que nos referimos a un mandato puramente coercitivo, carente de valor o de justicia. Coincidimos con Pizzorusso en que “Fueron las experiencias de los gobiernos autoritarios que se sucedieron en varios países europeos en la primera mitad del siglo XX, las que mostraron cómo la autoridad de la ley, entendida como manifestación de voluntad de una asamblea representativa del pueblo, podía ser fácilmente sustituida con la autoridad de la ley, entendida como manifestación de voluntad de un tirano”.¹¹ Desde esta perspectiva se impone que la ley debe resultar de la rectitud para lograr la justicia general. Advierte Vallet de Goytisolo que “la legislación ha sido

11. Pizzorusso, Alessandro, *Justicia, Constitución y Pluralismo*, Eds. Palestra y Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, p. 37.



considerada como una técnica o un arte al servicio de una ideología o de una *poiesis* creadora del modelo cientificista que se trata de realizar. Es uno más entre nosotros, posibles medios operativos ya lleve el título de constitución o de ley. Se comprende pues, que la legislación se haya convertido en una técnica al servicio de una u otra ideología o de un cientificismo operativo –que no es sino otra ideología más– y que no se la considere ya como la ciencia propia de la justicia general o legal”.¹²

También hay una realidad que nos afecta directamente y es que la legislación adquirió una dimensión meramente discursiva, sustentada en ofrecimientos y promesas de difícil cumplimiento. Esto lo observamos no solo haciendo un juicio teórico de ley, sino advirtiendo el divorcio con el clima social y moral de la sociedad que es donde la ley debe aplicarse o el operador debe ejecutarla. Lo malo es que el legislador está motivado más por razones políticas (busca una satisfacción aparente pero inmediata) y aparta otras dimensiones requeridas para el bien común como las demográficas, culturales, económicas, etc. El intérprete se encuentra con un obstáculo fundamental en la consideración de estas normas con mandato imperativo y coactivo, emanado del poder político por la escasa racionalidad con que se encuentra fundada.¹³

No debemos descuidar que en estos últimos años, preferentemente en Latinoamérica, la constituciones abundan en normas que lo único que tienen de constitucional es su ubicación, no su naturaleza. Lógicamente el ámbito del legislador se reduce y el sistema político se resiente principalmente porque el poder político se cree “descubridor” del derecho, por no decir “inventor” de un nuevo mundo. Es así que en las constituciones no solo está la organización del Estado y del gobierno, un catálogo de derechos, sino también normas cuyo objeto es ordenar la sociedad hasta en detalle, es así que las normas pueden ser tanto de derecho público como privado, de organización y de procedimientos, etc. Ahora la cuestión se complica porque al estar todas las normas con la misma jerarquía, algunas podrán ser eficaces y otras no tanto, o directamente no lo serán. Por el otro lado, al intérprete le trae no pocos problemas: como la norma constitucional afecta a todos los poderes constituidos es muy difícil darle amplitud o flexibilidad a las normas “constitucionales” para que permitan la expresión de otras manifestaciones democráticas.¹⁴

12. Vallet de Goytisolo, Juan, “¿Cabe, entre las ciencias jurídicas, la legislativa?”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, ISSN 0210-4121, N° 66, 1989, pp. 205-246.

13. Simplemente a título ilustrativo, hace muchos años se advertía: “el hombre no puede conservarse sin medios, ni estar tranquilo, si no está seguro de no poder ser molestado. *Posibilidad pues de existir, y de existir con comodidad; libertad de aumentar, mejorar y conservar su propiedad; facilidad en la adquisición de las cosas necesarias o útiles para la comodidad de la vida; confianza en el gobierno, confianza en los magistrados, confianza en los demás ciudadanos, seguridad de no poder ser inquietado, obrando según el dictamen de ley*, son los resultados del principio universal de conservación y tranquilidad. Por consiguiente cada parte de la legislación debe corresponder a uno de estos resultados; y toda ley que no trae a la sociedad alguno de estos beneficios es inútil” (Filangieri, Gaetano, *Ciencia de la Legislación*, Ed. Librería Española de Lecointe, París, 1836, Tomo Primero, Libro Primero, p. 221 y ss.).

14. Salvadores de Arzuaga, Carlos I., “El Digesto Jurídico: lo constitucional, lo político y lo legal”, en Brenna, Ramón G.,



Entonces no resulta extraño que no se aplique o ejecute una norma por la imprevisión en su elaboración, esto es, el desconocimiento de la realidad sobre la que debe regir y, desde otro análisis, por la ignorancia del impacto económico que producirá.

IV. LA ADMINISTRACIÓN Y LA JUSTICIA

Es sabido que la Administración tiene por objeto la satisfacción inmediata del interés público. En términos de Marienhoff: “es la actividad permanente, concreta y práctica de Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que la integran”.¹⁵

Establecida o diseñada a través de la ley una política pública, entendiendo esta como respuesta estratégica que le da el Estado a la demanda o al requerimiento social; es la Administración su principal brazo ejecutor.

Pero esta simpleza choca con otra realidad. Y es que no siempre esa política mantiene el consenso institucional originario o la persuasión social, desertando todos o algunos componentes comprometidos como las instituciones, la ausencia de recursos, etc.

La Cámara de Apelaciones en breve y preciso párrafo señala que: “En otros términos, las políticas públicas están clara y detalladamente definidas, constituye por tanto, un deber de los cuerpos políticos asignar los recursos para su cumplimiento, siendo una mera excusa aludir a la política presupuestaria sin ningún argumento e ignorando por completo los textos constitucionales y supranacionales, y en lo inmediato, la pluralidad de normas legislativas que argumentan sobre el particular”. La omisión de la Administración es evidente sin que haya causa que la justifique. Al contrario, el tiempo transcurrido y la inexistencia de gestión alguna supone desidia o desinterés, a pesar de que la política está vigente y tiene por objeto procurar el tratamiento igualitario de quienes con menos de 21 años tienen una discapacidad motriz.

Digesto Jurídico Argentino Comentado, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. I, p. 249.

15. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, t. I, p. 64. Linares dice que administración es “la función de ejecutar normas jurídicas de toda especie, en cuanto a su extensión lógica, fuera de situaciones contenciosas, mediante decisiones individuales normativas que particularizan en casos concretos: a) cualesquiera de los contenidos de aquellas normas aplicadas; b) actos de conducta de ejecución de normas jurídicas en calidad de hechos administrativos” (Linares, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 186). En la doctrina española, José Antonio García Trevijano Fos define administración como “la actividad concreta, continua y normalmente espontánea que tiene por objeto la satisfacción de manera directa e inmediata de fines de interés general” y destaca que “las notas fundamentales de la actividad administrativa son, por lo tanto; la concreción y la continuidad. Estas las distinguen del Poder Legislativo. En segundo lugar, la de ser directa e inmediata a la finalidad pública. En esto se distingue, junto a la normal espontaneidad, del Poder Judicial” (García Trevijano Fos, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Revista de Derecho Privado, 2da. Ed., Madrid, 1968, t. I, p. 51 y ss.).



Si la accesibilidad hubiera dejado de ser una demanda social o hubiera perdido prioridad, el poder político habría tenido los mecanismos para derogar las leyes que disponían su implementación o modificar la estrategia para resolver la cuestión. Nada de esto ocurrió. En consecuencia, las disposiciones de la ley 962 tenían vigencia y la implementación de los medios prometidos para la accesibilidad al medio físico estaba insatisfecha.

No es un derecho constitucional que está directamente violado, alterado o restringido ilegítimamente. Es la omisión de la Administración en cumplir con una ley que tenía por objeto garantizar el goce de un derecho constitucional.

¿Tiene el juez atribuciones para ordenar al Ejecutivo que cumpla con una ley del Legislativo? El emblemático *leading case* “Marbury vs. Madison”¹⁶ da la respuesta: “cuando el Congreso impone a ese funcionario otras obligaciones; cuando se le encomienda por ley llevar a cabo ciertos actos; cuando los derechos de los individuos dependen del cumplimiento de tales actos, este funcionario deja de ser funcionario del presidente para convertirse en funcionario de la ley; es responsable ante las leyes por su conducta y no puede desconocer a su discreción los derechos adquiridos de otros. La conclusión de este razonamiento es que (...) cuando se les asigna por ley una obligación determinada de cuyo cumplimiento depende la vigencia de derechos fundamentales, parece igualmente claro que todo aquel que se considere perjudicado por el incumplimiento de tal clase de obligaciones tiene derecho a recurrir a las leyes de su país para obtener reparación”. Sin duda, entonces, el juez tiene atribuciones, y debe ejercerlas pues la obligación principal que tiene es cuidar que la Constitución y la ley se cumplan y, como lo señala Marshall, para proteger los derechos fundamentales.

La existencia de la obligación legal, la desprotección de los derechos que se pretenden enmendar y la omisión o desinterés de la Administración, son los presupuestos que habilitan la intervención judicial. No está el juez subrogándose en la voluntad de la Administración, ni siquiera le ordena qué debe hacer, le ordena que cumpla con lo que la ley dispone.

Sin perjuicio de lo dicho no escapa a nuestras reflexiones que el caso da lugar a otras consideraciones o comentarios referidos a los límites que tienen los jueces en el desempeño de sus magistraturas.

El Poder Judicial tiene el deber de resolver todas las “causas” en las que es impugnada o discutida una norma por su conflicto con la Constitución.¹⁷ Estas “causas” pueden resultar con más o menos contenido político, pero no dejan de ser un conflicto jurídi-

16. 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

17. La Constitución de la Ciudad, en términos similares: “Art. 106.- Corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales, así como también organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente. Ejerce esta competencia, sin perjuicio del juicio por jurados que la ley establezca”.



co que debe ser resuelto conforme el orden de prelación que estatuye la Constitución Nacional. Que el Poder Judicial intervenga en ellas no constituye una intromisión en las facultades reservadas a los otros poderes, sino cumplir con una obligación exclusiva que le ha otorgado la Constitución en la tríada de los poderes con el objeto de mantener su equilibrio.

Dentro del complejo mecanismo de la división de poderes, el Poder Judicial también se encuentra controlado por los otros poderes. Resulta así que por ejercer control sobre todas las cuestiones jurídicas, provengan o no de las facultades reservadas de los otros poderes, no tienen preeminencia sobre los restantes. Ejerce funciones que le son propias y que de no hacerlo dejaría fuera del control de constitucionalidad a diversas cuestiones, con la consecuente descompensación funcional al quedar exclusivamente libradas a la voluntad del órgano emisor.

La argumentación de que los tribunales de justicia resuelven cuestiones jurídicas nos permite sostener que al hacerlo no están satisfaciendo requerimientos que solo pueden hacer los poderes políticos. La discusión que llega ante un juez o tribunal es si un derecho constitucionalmente protegido se encuentra afectado o no por la norma en cuestión. No hay satisfacción política al resolver el debate, sino jurídica, sin que sus consecuencias, que sin duda pueden ser políticas, tuerzan el mandato constitucional.

Para Boffi Boggero los jueces también gobiernan.¹⁸ Él advertía que la división de poderes no los enfrentaba como elementos antagónicos. “A la inversa: se desea llegar al equilibrio de esos poderes para que el ordenamiento jurídico pueda vivir con plenitud. Es precisamente cuando alguno de ellos se exorbita que el equilibrio desaparece y, en esos casos, es más fácil volver al equilibrio cuando el poder exorbitado acepta la fijación de los límites por parte de aquel investido de esa elevada función. Puede agregarse que si una sola persona detentase los tres poderes o no hubiese, verbigracia, un poder judicial independiente, entonces el ordenamiento jurídico quedaría quebrado”.

Sobre la argumentación de que el gobierno de los jueces interferiría en las atribuciones del Ejecutivo y del Legislativo desequilibrando la distribución de los poderes, decía que a los jueces: “Se ha confiado a su prudencia, mesura, el equilibrio constitucional en última instancia y, lógicamente, la vida de los ‘derechos humanos’ consagrados en la Ley Fundamental. Se ha tenido muy en cuenta su preparación jurídica (nos referimos

18. Recurriendo al *Diccionario de la Lengua Castellana*, decía que gobierno es “mandar con autoridad”, lo que obviamente los jueces también hacen. Sobre las objeciones respecto a que los jueces no eran elegidos “popularmente” como los integrantes de los poderes políticos, recordaba que “también los jueces representan al pueblo soberano, así como que, en conformidad con el texto de la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo y el Senado se elegían de modo indirecto, al paso que la Cámara de Diputados y, por cierto, los constituyentes, se eligen directamente por el pueblo y todos cumplen sin discusión funciones de gobierno. En el caso del Poder Judicial hay un mandato popular..., indirecto pero mandato al fin, de modo que sus integrantes gozarán de una reiteración tácita de él en la medida que no se ponga en movimiento el mecanismo del ‘juicio político’” (Boffi Boggero, Luis María, “Nuevamente sobre las llamadas cuestiones políticas”, LL 156-1143).



a los casos de los jueces letrados) y el alejamiento de la vida político-electoral, que es como decir de esas corrientes momentáneas de opinión que tanto inciden –y deben incidir– en los ‘poderes políticos’, para confiar a los jueces el decir jurídicamente, y solo jurídicamente, lo que expresa la Constitución o, en otras palabras, cuando dice el más elevado y permanente mensaje del pueblo. A su turno, los otros dos poderes serían los mejor habilitados para decir políticamente lo que el mensaje popular tiene de político. Para decirlo en forma distinta: el mensaje popular consiste en la ‘realización de actos políticos dentro de los lineamientos establecidos por la Constitución y demás normas jurídicas’. Derecho y política deben así necesariamente armonizar. Lo que antecede no debe entenderse, empero, como afirmación de que la única tarea jurídica es la del Poder Judicial. Todos los habitantes, incluidos los tres poderes, deben examinar la órbita de lo que les es permitido y prohibido, pero la palabra final la tiene el órgano específico por excelencia: el Poder Judicial. Y esto último acontece porque los constituyentes, tanto de nuestro país cuanto de muchos otros han elegido, según vimos, a uno de los poderes para decir cuándo una conducta era lícita o ilícita, en nuestra materia: cuándo constitucional o inconstitucional”.

También puede llamar la atención la relación de los jueces con las llamadas “políticas públicas” o con los criterios políticos para resolver. No debemos caer en la ingenuidad de que los jueces carecen de convicciones políticas como tampoco exigirles que no las tengan. En esto coincidimos con Dworkin: “Los jueces deben guiarse por sus convicciones políticas solo cuando crean, de buena fe, que ellas tienen cabida en una interpretación general coherente de la cultura jurídica y política de la comunidad”.¹⁹ Esto es lógico, pues no se le puede imponer a la sociedad ideas, creencias, principios ajenos al sentir común o que no han sido fruto del consenso democrático.

No es una cuestión antojadiza hacer esta referencia a las convicciones políticas, pues tendrán mayor incidencia cuando el caso en debate se refiere a las llamadas “políticas públicas”. En el caso que anotamos, el nudo estaba en la aplicación o no de una “política pública” perfectamente definida sin que haya sido impugnada su estrategia, método, valor, etc. La cuestión sería diferente si el debate hace a esto último. Es aquí donde el caso adquiere la calificación de “difícil”, pues por un lado está su justiciabilidad o no y por el otro, si el juez puede cambiar o alterar dicha política. Las convicciones políticas y la honestidad intelectual del juez serán determinantes para mantener la integridad de la Constitución.

Es un desafío permanente, más aun en situación de insatisfacción social y desilusión política, interpretar la norma constitucional con el sentido de Norma Suprema, que no siempre podrá satisfacer el interés inmediato y urgente. Son en estos momentos cuando el juez camina entre el fino límite de su función judicial y la función legislativa o ejecutiva que no le es propia.

19. Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2012, p. 17 y ss.



Solo la conciencia esclarecida del juez sobre la naturaleza de su función evitará los excesos motivados alguna vez por un don divino que cree poseer y otras, por su confusa posición en el mundo político que desborda el sistema que juró defender.

La sentencia que anotamos y motivó directa e indirectamente estas reflexiones es un hito o una señal para que la Administración cumpla con los compromisos adquiridos por los representantes del pueblo, pues el Gobierno es uno y los habitantes no tienen los mismos tiempos que la política y la burocracia, pues sus necesidades pueden ser graves y urgentes.



12.

“FRÁVEGA S. A. C/GCBA S/IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS”

MULTAS CONDONADAS

Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA

9 de marzo de 2012



LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ILÍCITOS TRIBUTARIOS, LA LEY PENAL MÁS BENIGNA Y LA CONDONACIÓN DE SANCIONES

Por Jorge Héctor Damarco*

SUMARIO

Los fallos que comentamos, recaídos en la causa “Frávega S. A. c/GCBA s/Impugnación de actos administrativos” (Expte. N° EXP 13677/0), el de la primera instancia de la Dra. Fabiana H. Schafrik de Núñez y el de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires integrada por los doctores Esteban Centanaro y Nélide Mabel Daniele, en lo esencial que resuelven, coinciden en la aplicación al caso del principio de la ley penal más benigna, principio a través del cual se declara condonada una sanción de multa aplicada a la recurrente.

Para resolver de tal modo, los jueces asumen una definida posición acerca de la naturaleza jurídica de los ilícitos tributarios. En efecto, en los fallos se afirma la naturaleza penal de dichos ilícitos y la aplicación de los principios generales del derecho penal a las infracciones tributarias.

Con sustento en tales conceptos declaran condonada la sanción de multa aplicada al infractor. La condonación no es otra cosa que el perdón de una sanción aplicada por la autoridad administrativa o judicial. La condonación la decide el legislador. Los órganos judiciales se limitan a determinar si están reunidas las condiciones que estableció el legislador como requisitos para la procedencia de la condonación. Por ello, la condonación opera de pleno derecho. Los jueces se deben limitar a verificar el cumplimiento de los recaudos exigidos por la ley para su procedencia y, si ellos están reunidos, deben declararla. Si la condonación significa el perdón de la sanción parece suficientemente claro que la ley que la instituye resulta ser una ley penal más benigna y que, por ello, los órganos judiciales la deben declarar de oficio.

* Abogado Especialista en Derecho Tributario. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Titular Consulto de Finanzas Públicas y Derecho Tributario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director de las carreras de Especialización en Tributación en las Universidades Nacionales del Nordeste y de la Patagonia y Coordinador de la carrera de Especialización en Derecho Tributario que dicta la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ex Vocal del Tribunal Fiscal de la Nación. Ex Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal.



I. La lectura de las normas del Código Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de los códigos fiscales de las provincias y de la Ley 11683 que describen ilícitos fiscales y sus correspondientes sanciones plantea la cuestión relativa a la determinación de la naturaleza jurídica de dichos ilícitos. La misma cuestión se analiza respecto de ilícitos similares descritos por las leyes generales tributarias y los códigos fiscales de otros países.

La doctrina nacional y la extranjera han desarrollado diversas teorías para explicar qué son dichos ilícitos. Por lo menos, pueden enumerarse tres. Una teoría penalista, otra administrativista y una tercera que se conoce como tributarista o autonómica. Ello, claro está, sin perjuicio de algunas otras teorías que también expondré.

I.1. La teoría penalista es la que ha tenido y tiene un mayor número de adherentes en la República Argentina. Sostiene que son idénticas las razones por las cuales se aplican sanciones en el derecho penal y en el derecho penal tributario. El legislador, en ambos casos, persigue el mismo objetivo, el de restringir la libertad de acción del individuo teniendo en cuenta el bien común y la protección de intereses superiores de orden moral. En este orden de consideraciones, tampoco puede pasarse por alto que la facultad de recaudar tributos es un derecho pecuniario del Estado y que los ingresos que este obtiene en tal concepto corresponden a la comunidad.

Esta doctrina surgió para castigar fuertemente a estos ilícitos que antes formaban parte de las contravenciones policiales. Por otro lado, se ha explicado que la infracción fiscal es un ilícito contra el patrimonio del Estado análogo a los del derecho común y que el móvil del infractor no es otro que tratar de evitar la disminución de su riqueza personal.

Es la teoría que siguen los tribunales federales con relación a los ilícitos de la Ley 11683, especialmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación.¹ Esta teoría explica que los ilícitos fiscales de la Ley 11683 son ilícitos penales, similares a los del Código Penal y las leyes penales especiales. El Alto Tribunal no halla diferencias entre un delito y una infracción porque, desde el punto de vista ontológico, existe entre ellos identidad sustancial. En este punto y para evitar equívocos debe puntualizarse que lo expuesto no significa identificar el delito y la infracción. Es muy claro que existen diferencias entre ellos. Cuando decimos que los hombres, las mujeres y quienes opten por una tercera opción son seres humanos, estamos diciendo que tienen identidad sustancial, no desconocemos las diferencias que pueden existir entre unos y otros. No son iguales, pero ontológicamente son sustancialmente idénticos, son seres humanos.

1. CSJN, entre otras, las sentencias recaídas en las causas: "Parafina del Plata", 2-9-68; "Usandizaga, Perrone y Juliarena", 15-10-81; "Wortman, Jorge Alberto y otro", 8-6-93.



La consecuencia de esta consideración es que teniendo los ilícitos de la Ley 11683 naturaleza penal, les son aplicables todos los principios generales del derecho penal y los del derecho procesal penal. Ello sin perjuicio de las adecuaciones necesarias que se originan en sus particularidades.

Las Primeras Jornadas Luso Hispanoamericanas de Estudios Financieros y Fiscales, en su conclusión 5°, reconocieron la existencia de identidad sustancial entre las infracciones y las penas del Código Penal y los ilícitos tipificados en las leyes tributarias.

Para sostener esta teoría, existen dos vertientes de argumentos. Por un lado, se sostiene que el derecho penal siempre protege bienes jurídicos importantes y que solo a ellos les confiere protección penal. Si se indaga más y se les pregunta a quienes formulan esta afirmación cómo se sabe cuándo un bien jurídico es importante, contestarán que deben consultarse el Código Penal y sus leyes complementarias. Entonces nos dirán que si los bienes jurídicos que protege la Ley 11683 (o los códigos fiscales de la CABA y de las provincias) están tutelados por el Código Penal, dichos bienes jurídicos son importantes. Ello impone indagar si los dos bienes jurídicos fundamentales que penalmente tutela la Ley 11683 (o aquellos códigos), la *administración tributaria* y la *renta fiscal* (que además permiten distinguir los ilícitos en formales y materiales), son realmente importantes. Seguramente responderán que el bien jurídico *administración tributaria* también está tutelado por el Código Penal, al quedar comprendido en un bien jurídico de mayor amplitud como es la “administración pública”. En este aspecto, señalarán que la *administración tributaria* es un parcelamiento o una especificación del bien jurídico que es la administración pública. Asimismo, dirán que la *renta fiscal* también está protegida por el Código Penal, porque las rentas fiscales son créditos fiscales y como créditos, integran el “patrimonio del Estado” que está penalmente protegido por el Código Penal.

De tal modo, los bienes jurídicos protegidos por la Ley 11683 (o los mencionados códigos fiscales) son bienes jurídicos importantes y, consecuentemente, los ilícitos de dicha ley son penales.

La otra vertiente de argumentos –perfectamente compatible con la expuesta– afirma que lo que caracteriza a un ilícito como penal es que la realización de una determinada conducta sea seguida por la aplicación de una sanción retributiva en sentido penal. Una sanción es retributiva, en el sentido expuesto, cuando es una pena. El derecho tiene muchas sanciones, pero no todas son penales. Si una persona se compromete con otra a pagarle cinco mil pesos para que mate a un tercero, formalizará un contrato de objeto prohibido, porque el objeto “matar a una persona” resulta contrario a la moral y a las buenas costumbres y, consecuentemente, el acto jurídico celebrado está afectado de nulidad de acuerdo a los Artículos 953 y 1044 del Código Civil. La sanción de nulidad es una sanción, pero de carácter civil. La caducidad de la instancia, porque no se ha instado una causa judicial por un tiempo determinado, es una sanción que se aplica porque el abandono del proceso supone la falta de interés actual de carácter procesal. Se trata de



una sanción, pero de carácter procesal. En cambio, una pena es algo distinto, porque una pena es una sanción que tiende a herir al delincuente en su persona o en su patrimonio. La pena trata de disminuir un bien jurídico que para el delincuente es valioso. Por ello las penas son la reclusión, la prisión, las multas, las clausuras, las inhabilitaciones y, aunque no estén en nuestro derecho, también la muerte, el cercenamiento de un miembro o los azotes. Todas hieren al delincuente en su persona o en su patrimonio.

Si revisamos la Ley 11683 (o aquellos códigos fiscales) encontraremos penas, porque ella prevé penas pecuniarias (multa, clausura y comiso y eventualmente otras sanciones de la misma naturaleza previstas por su artículo 40); todas ellas hieren en el patrimonio al infractor.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que los ilícitos de la Ley 11683 son ilícitos penales y lo ha hecho sin ninguna distinción, no ha efectuado ninguna diferenciación entre ilícitos formales e ilícitos materiales. Para todos ellos, ha establecido la misma doctrina. Ha sido muy cuidadosa, especialmente en los últimos 45 años, de puntualizar con toda claridad que se aplican los principios del derecho penal, especialmente el principio de culpabilidad. Esto significa que no se puede aplicar una pena si no hay culpa.

Si bien existen en este derecho penal tributario algunas instituciones específicas y la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que se trata de un derecho penal especial o un derecho penal particular, no por ello deja de ser derecho penal. Siguen esta tendencia Grispi y Sebastián Soler.²

I. 2. La teoría administrativista o “teoría administrativista ortodoxa” fue expuesta y desarrollada en Alemania por James Goldschmidt. Para esta teoría, los ilícitos fiscales son ilícitos administrativos y sancionan la omisión de prestar ayuda a la Administración, cuya actividad está dirigida al bien público.

2. Dell’Isola, Marcello Franco en *Delitos Fiscales cometidos contra la Administración Tributaria* (Montevideo, Carlos Álvarez Editor, 2009, pp. 228-299) afirma que “Todo Derecho Penal, ya sea que consideremos al Penal Tributario, como común o especial, no contiene en sus normas pautas que permitan inferir la existencia de distinciones ontológicas, esenciales, entre sus delitos y las infracciones”. “En la actualidad es opinión generalizada en la doctrina española, que los principios generales de derecho han de ser aplicados al derecho administrativo sancionador y así se ha reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. En el caso del Tribunal Supremo, su sala 4ª en sentencia de fecha 18/02/1981 ha expresado que “la potestad sancionadora en general debe estar sometida a los mismos principios rectores de las leyes penales ordinarias por sujeción de ambas distintas materias a principios comunes rectores de todo el derecho sancionador”. Por su parte, el Tribunal Constitucional en sentencia N° 18/81 expresa que “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado”. “Cualquier reforma en este ámbito deberá apuntar a lograr un mayor grado de armonía y complementación entre las normas represivas administrativas y las del Derecho estrictamente penal. En tal sentido reafirmo la idea de convivencia de los dos sistemas. La Ley Penal Tributaria (más allá de sus defectos e imperfecciones) es un instrumento legal que trabaja de forma conjunta y complementaria con las infracciones tributarias en la represión del ilícito fiscal.”



La Revolución industrial constituyó un significativo fenómeno social de traslado de las poblaciones del campo a las ciudades. Estas sufrieron cambios importantes desde el punto de vista de su desarrollo urbanístico y de la composición de su población. Las dimensiones físicas y la población de las ciudades se ampliaron y los asalariados ocuparon espacios relevantes.

Estas circunstancias y los problemas sociales que plantearon dieron origen a un mayor intervencionismo estatal y a la aparición del denominado Estado de bienestar. El Estado amplió sus funciones tratando de asegurar el bienestar de la comunidad, y en este contexto aparece el derecho penal administrativo. En esa realidad histórica, James Goldschmidt desarrolla una teoría de la Administración y del derecho administrativo que influyó no solo en el derecho alemán, sino también en el italiano, el español y en la literatura latinoamericana.

Eduardo Cordero Quinzacara, en su artículo “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal”,³ señaló que Goldschmidt “destacó los deberes que tiene el hombre como miembro de una comunidad, lo cual le impone deberes en la prevención de peligros y en la promoción del bienestar, materias que están a cargo de la Administración. Estos deberes se distinguen de aquellos que le corresponden al particular como individuo, en donde se manifiesta su libertad o poder-querer (orden jurídico) y cuya infracción es sancionada por el derecho penal judicial. Así es posible distinguir entre los deberes en el marco de un orden jurídico, que supone la libertad de la persona, y los deberes que emanan de la Administración, que supone la pertenencia a una comunidad y, por tanto, el deber de asegurar su buen orden. En el primer caso, el fin del derecho es ‘proteger las esferas humanas de voluntad’, en el segundo, la ‘promoción del bien público y estatal’. Esta separación lo lleva a establecer diferencias entre una y otra infracción, así como las consecuencias jurídicas que derivan de aquellas y explicar la separación que existe entre Justicia y Administración”. El autor que seguimos afirma que, en relación con los delitos y las infracciones administrativas, Goldschmidt sostuvo que: “a) En los delitos el elemento característico es la *antijuridicidad*, que se traduce en un daño de bienes jurídicos portadores individuales de voluntad (*damnum emergens*), mientras que la violación de las infracciones administrativas conlleva una *antiadministratividad*, que se traduce en no alcanzar un objeto o meta impuesto por la Administración, como es el bienestar público (*lucrum cesans*). En este sentido, la antiadministratividad es la peculiar omisión del apoyo a la Administración del Estado dirigida a la promoción del bien público”. No obstante lo anterior, nuestro autor reconoce que esta separación no es absoluta sino relativa, pues bien puede ocurrir que una infracción administrativa se convierta en delito, como consecuencia de elevar a la forma de bien jurídico determinados bienes públicos, para mantener el orden jurídico. De esta forma, separa los bienes jurídicos en primarios

3. Cordero Quinzacara, Eduardo, “El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal”, en la *Revista de Derecho* (Valdivia), Volumen XXV, N° 2, p. 138 y ss.



(portadores individuales de voluntad) y secundarios (como un medio de protección de bienes jurídicos primarios, vgr. moralidad, religión, salubridad, medio ambiente). Este cambio o modulación dependerá, según Goldschmidt, de las concepciones locales y temporales, al punto de señalar que existen pocos delitos jurídicos que no hayan recorrido el estadio de los delitos administrativos. Esta distinción le permite conceptualizar el derecho penal administrativo como “el conjunto de aquellos preceptos por medio de los cuales la Administración del Estado a la que se ha confiado la promoción del bien público o del Estado, enlaza, dentro del marco de la autorización jurídico estatal, en forma de preceptos jurídicos, una pena como consecuencia administrativa a la contravención de un precepto administrativo como tipo”. “b) En segundo lugar, se centra en los elementos formales. En este sentido señala que la pena administrativa es propia de la actividad administrativa y es aplicada por la Administración del Estado mediante un acto administrativo. Esto lo aleja de los delitos jurídicos, que son aplicados por la autoridad judicial, siguiendo un procedimiento de la misma naturaleza y que culmina con una sentencia. Esta separación decanta en el régimen jurídico aplicable: el injusto administrativo es un fenómeno del derecho administrativo, además, es consecuencia de la omisión del ciudadano en su deber de apoyo o de ser auxiliar de la Administración.” Por tal razón, Goldschmidt sostiene que al lado del auténtico derecho penal aparece un pseudoderecho penal, cuya naturaleza es y sigue siendo la propia de un instituto del Derecho administrativo. “c) Por último, insistiendo en el punto anterior, nos señala que la pena administrativa constituye un poder penal peculiar, incluso originario de la Administración, cuya aplicación o castigo no corresponde a la autoridad judicial”.

En ese esquema conceptual, parece claro que siendo un derecho que protege la administración, no tiene por qué reconocer los mismos principios e instituciones del derecho penal. Si esta teoría nació temporalmente después de la teoría penalista, no cabe duda de que fue elaborada para diferenciarse y apartarse de los lineamientos de aquella. La consecuencia que se sigue de ello es que a los *ilícitos administrativos* no se les aplicarán los principios generales del derecho penal. Solo se les aplicarán cuando una norma expresamente lo disponga.

Esta teoría caracteriza a este derecho penal, con tres notas:

Primero: los ilícitos fiscales son ilícitos de omisión, porque siempre hay omisión total o parcial de la obligación tributaria sustantiva o de la obligación tributaria formal. Segundo: en este derecho, la persona jurídica es responsable por la sanción de multa. En este punto, no puede dejar de señalarse que a esta teoría se debe la incorporación al derecho penal tributario de dicha responsabilidad. Hasta ese momento, solo se admitía la responsabilidad de las personas físicas por la sanción de multas. Tercero: los ilícitos administrativos y los tributarios son ilícitos objetivos. En ellos no debe indagarse la subjetividad, sino que para su configuración basta con la mera materialidad de la conducta. Es cierto que ello importa la creación de un derecho penal sobre bases distintas a las del derecho penal liberal, que es



el nuestro. No podemos ignorar que puede construirse un derecho penal sin el principio de subjetividad, pero nuestro derecho penal no lo admite, porque dignifica al ser humano al requerir que, para que se configure un ilícito, además de la conducta objetiva de un sujeto exista una relación psíquica entre el sujeto y esa conducta. Por ello, solo podrá pensarse a una persona cuando ella haya obrado con la culpa o el dolo que requiere el tipo penal.⁴

Este es el punto de discordancia fundamental entre la teoría penalista y la administrativista. Y ello explica por qué la Corte Suprema de Justicia de la Nación insiste en señalar que este es un derecho penal que reconoce la aplicación de los principios generales del derecho penal y hace especial mención del principio de subjetividad.

Así lo entienden los tribunales federales. Al respecto, debe recordarse que cuando en 1987 se sancionó la Ley 23314, que introdujo la sanción de clausura, una de sus normas dispuso que uno de los supuestos que darían lugar a la aplicación de dicha sanción era el de no inscribirse estando obligado a hacerlo. Pero a continuación, la norma prescribía que constituiría una situación eximente de responsabilidad el “error de hecho o de derecho”. Ante la mención del “error” como causa eximente de responsabilidad, los tribunales sostuvieron que si el error de hecho o de derecho eximía de responsabilidad, ello solo podía ser así si se admitía que para la configuración del ilícito era un requisito *sine qua non* la existencia del elemento subjetivo. Aun cuando con posterioridad la norma se derogó y no contuvo la expresión relativa al error, los tribunales siguieron exigiendo la concurrencia del elemento subjetivo para tener por configurado los ilícitos sancionados con clausura.

I. 3. La tercera es la teoría tributarista o autonómica. Ella adquirió gran difusión durante la década del sesenta, especialmente en España y Latinoamérica. En Argentina, la expuso Giuliani Fonrouge, Posadas Belgrano en Uruguay, Gómez de Souza en Brasil y Pérez de Ayala en España. Siguen la misma orientación el Código Fiscal de Venezuela, el Modelo OEA BID 1967 y las III Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario celebradas en San Pablo (1962). Para Giuliani Fonrouge, quien siguió a Carano Donvito, los ilícitos fiscales sancionaban todo acto que hiciera imposible la aplicación de los tributos (delitos fiscales) o violaba las disposiciones de contralor. Para él, el derecho tributario es un derecho histórico que se va conformando con el devenir de los tiempos y desarrolla sus propias instituciones. Entre ellas, las instituciones penales. Él afirmaba que uno de

4. Acosta Casco, Natalia y Agostino Giraldez, Sol, en su trabajo sobre “Infracciones y Delitos Tributarios y Relevancia de su Distinción” presentado en las 2das Jornadas Tributarias en Homenaje al Dr. Luis Simón (diciembre de 2009), transcriben la síntesis que hizo Shönke de las ideas fundamentales de la doctrina de Goldschmidt del siguiente modo: “1) conducta antiadministrativa es ‘la omisión de prestar ayuda a la administración estatal dirigida a favorecer el bienestar público o el estatal’; 2) la pena administrativa no es pena de corrección o de seguridad, pero tampoco una mera pena de intimidación; es, más bien, una simple pena de orden; 3) rigen a su respecto principios especiales para la culpabilidad; 4) debe admitirse, fundamentalmente, la prueba de la falta de conocimiento no culpable”.



los rasgos de la autonomía de una rama jurídica era tener un derecho penal propio y que el derecho tributario lo tenía en la Ley 11683. Sostenía que correspondiendo el derecho penal tributario a la disciplina jurídica del derecho tributario, no tenía por qué ajustarse a los principios del derecho penal, salvo que una norma expresamente así lo determinara.

Giuliani Fonrouge no hizo escuela en la República Argentina. Su único seguidor fue el doctor Norberto J. Godoy. Él explicaba que las normas jurídicas sancionatorias muestran siempre una conducta antecedente y una sanción consecuente. Y afirmaba que para saber cuál es la naturaleza de la sanción había que conocer primero cuál era la naturaleza de la conducta antecedente, porque en la conducta antecedente siempre existirá el incumplimiento de una obligación. Conociendo la naturaleza de esa obligación, se conocerá cuál es la naturaleza de la sanción. Así, si no se cumple con una obligación del derecho minero, la sanción será minera; si es del derecho de la navegación, será una sanción del derecho de navegación; si es una obligación tributaria, la sanción será tributaria. Lo que sostuvo, en definitiva, es lo mismo que afirmaba Giuliani Fonrouge, cada rama jurídica tiene un derecho penal propio.

En este punto debo destacar la coherencia intelectual del doctor Godoy quien, siendo Vocal del Tribunal Fiscal de la Nación, no aplicaba en sus decisiones el principio de la ley penal más benigna. Sostenía que en el derecho positivo nacional no existía norma alguna que estableciera que a los ilícitos de la Ley 11683 se les debía aplicar dicho principio. Es oportuno recordarlo como un ejemplo de honradez intelectual, porque lo que enseñaba en sus clases, exponía en sus conferencias y escribía en sus artículos y libros lo mantenía en sus votos como integrante de aquel tribunal.

I. 4. Por otro lado, también se desarrolló en la República Argentina una teoría que García Belsunce denominó “dualista”. El primer expositor de esta teoría fue Dino Jarach, para quien el derecho tributario penal es derecho penal que no se ha separado del derecho tributario. Para esta posición, el delito significa un ataque al orden jurídico, mientras que las sanciones administrativas afectan la Administración Pública en el ejercicio de la actividad financiera. Jarach consideró esencial distinguir entre el Derecho Tributario Sustantivo y el Derecho Tributario Formal. En el primero, consideró que se transgredían obligaciones tributarias y ello constituía un delito. En cambio, la transgresión de una obligación formal era simple incumplimiento de deberes formales hacia la administración y constituía infracción alcanzada por el derecho penal administrativo. Si bien Jarach expuso esta posición y la mantuvo en 1966, en ocasión de la conferencia que brindó en la Ciudad de México al celebrarse el trigésimo aniversario de la creación del Tribunal Fiscal de la Federación Mexicana, posteriormente, al publicar su libro sobre *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, parecería que adoptó, de modo definitivo, la postura penalista.



García Belsunce, quien participa de esta teoría, sostuvo que para determinar la naturaleza de los ilícitos de la ley debía atenderse a su expresión gramatical y a su interpretación lógica. Si de su letra o de dicha interpretación surgía la necesidad del elemento subjetivo, los ilícitos eran penales. Si para la configuración del ilícito no se requería de dicho elemento, los ilícitos serían administrativos. Así, afirmaba que en los ilícitos materiales de las mismas palabras de la Ley 11683, surgía con claridad la exigencia del elemento subjetivo para tener por configurado el ilícito. Concluyó, entonces, que eran ilícitos subjetivos y, consecuentemente, ilícitos penales. En cambio, expuso que ni del texto de los artículos de la ley que describían y sancionaban los incumplimientos de deberes formales, ni de la interpretación lógica de esas normas resultaba necesaria la concurrencia del elemento subjetivo para su configuración. De tal modo, como en la posición originaria de Jarach, concluía sosteniendo que se trataba de ilícitos administrativos en el sentido de la teoría administrativista ortodoxa. Es decir, que bastaba la mera materialidad de la conducta para tener por configurado el ilícito.⁵

I. 5. Existe otra teoría administrativista que es conocida como teoría de las contravenciones. La expuso en el país Andreozzi y alcanzó mayor difusión con Villegas. Esta teoría parte de la distinción de los ilícitos entre delitos y contravenciones. Para efectuar la distinción se han elaborado muchos criterios distintos. Villegas participa del criterio que afirma que los delitos protegen inmediatamente los bienes jurídicos y que las contravenciones los protegen mediatamente. No obstante la distinción, Villegas, igualmente, sostiene que a los ilícitos de la Ley 11683 se les aplican los principios generales del derecho penal. Sea que los sostenedores de esta posición invoquen el artículo 4 del Código Penal o sostengan que los denominados principios generales del derecho penal son en realidad principios generales del derecho represivo, y que como este comprende los delitos y las contravenciones, a estas se les deben aplicar dichos principios. Lo cierto es que, desde el punto de vista práctico, no existen diferencias entre la doctrina penalista y la de las contravenciones en este aspecto. Ambas aplican a estos ilícitos los principios generales del derecho penal y del derecho procesal penal.

I. 6. La Corte Suprema de Justicia de la Nación siempre ha sostenido que no hay ninguna diferencia cualitativa entre delitos y contravenciones y que la única diferencia entre ellos es cuantitativa. Unos ilícitos son más graves y otros son menos graves. Por ello, las penas son diferentes. Las penas más graves se aplican a los delitos y las más leves a las contravenciones. Los delitos, normalmente, provocan la aplicación de una pena privativa de la libertad. Las contravenciones, sanciones de carácter económico. El criterio de la

5. García Belsunce, Horacio A., *Derecho Tributario Penal*, Ediciones Depalma, 1985, p. 288.



Corte Suprema de Justicia de la Nación hoy es el mismo criterio que sostiene el Tribunal Constitucional español y la Corte Europea de Derechos Humanos.

I. 7. No podría concluir el tema sin agregar que muchas veces se emplean expresiones por comodidad y que no deben interpretarse como la asunción de una determinada posición por parte de quien las utiliza. En la mayoría de los casos en los que ello ocurre, son expresiones que se utilizan para referirse a una norma o a un instituto del derecho. Francisco Martínez, en 1970, por dos veces en sentencias del Tribunal Fiscal de la Nación, se refirió a las sanciones de la Ley 11683 como sanciones administrativas. En este caso, nadie duda de su postura penalista.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en varias oportunidades antes de 1960, refiriéndose a los ilícitos de dicha ley, los mencionó como contravenciones. No quiso decir que ontológicamente eran distintos a los delitos. Empleó el término como una referencia semántica y nada más. Desde 1968, al fallar la causa “Parafina del Plata” cuidó muy bien la redacción y el uso de las palabras para evitar situaciones equívocas.

Finalmente, la Ley 23771 hacía referencia a las sanciones previstas en las leyes administrativas fiscales. No podría sostenerse que adoptaba la teoría administrativista, porque con el mismo texto podría haberse afirmado que hacía referencia a la posición autonómica.

Es que no puede, a través de una palabra, pretender que se ha asumido una determinada postura científica cuando la cuestión no ha sido analizada.

En concreto y resumiendo lo expuesto, en el estado actual de la cuestión, autores y tribunales mantienen la postura penalista, otros, la teoría de las contravenciones expuesta por Villegas. Ambas afirman la aplicación de los principios generales del derecho penal y del derecho procesal penal con las necesarias adecuaciones y García Belsunce sostiene la teoría dualista, considerando los ilícitos formales como ilícitos administrativos distintos a los delitos del derecho penal.

II. Si se reconoce a los ilícitos fiscales naturaleza penal, les serán aplicables, con las necesarias adecuaciones a sus particularismos, los principios generales del derecho penal y del derecho procesal penal. Ellos son legalidad, irretroactividad de la ley penal, tipicidad, proscripción de la analogía para interpretar las leyes penales, insignificancia, inocencia, certeza, duda, juez natural, *non bis in idem*, ley penal más benigna, principio de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, determinación, debido proceso, tutela judicial efectiva, imputabilidad y culpabilidad.



II. 1. Principio de Legalidad.

La más autorizada doctrina penal⁶ coincide en afirmar que la única fuente inmediata de producción y conocimiento del Derecho Penal es la ley. Soler⁷ en relación con las fuentes de producción ha expresado que “nuestra organización constitucional señala como fuente del Derecho Penal común al Estado Nacional artículo 67, inc. 11, CN.⁸ En su virtud, el Congreso dicta el CP. Pero la sanción del Código Penal no agota totalmente la función represiva, de modo que sería errado, en virtud del artículo 104⁹ CN, considerar al Estado nacional como fuente única productiva del Derecho Penal. Los estados provinciales no reciben por delegación del Congreso sus facultades represivas, provinciales y municipales, sino que ellas han de entenderse comprendidas... entre los poderes propios del citado artículo 104, CN. Esta facultad solo se refiere, en general, a las incriminaciones contravencionales y a las materias lícitamente reservadas por las provincias (prensa, artículo 32 CN)”;¹⁰ y respecto de las fuentes de cognición, que “la doctrina general del Derecho suele enumerar las siguientes: la ley, la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia; pero con referencia al Derecho Penal la única fuente la constituye la ley en virtud del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, contenido en el artículo 18 de la CN: “ningún habitante de la Nación Argentina puede ser penado sin juicio fundado en ley anterior al hecho del proceso”. Este es el llamado principio de reserva.

El principio de reserva o legalidad tiene carácter general y “...en su forma abstracta, es decir, dando a la palabra ley el sentido de norma preestablecida a la acción que se juzga delictiva, es algo más que un mero accidente histórico o una garantía que hoy puede o no acordarse. Asume el carácter de un verdadero principio necesario para la construcción de toda actividad punitiva que pueda ser calificada como jurídica y no como un puro régimen de fuerza”.¹¹ El principio tiene sin duda, como sostiene Fierro¹² –coincidiendo con Soler–, “una raigambre política y un contenido ideológico, pero en nuestros días ha alcanzado tan alta estima que no se vacila en sostener que él es la base de toda forma de represión que merezca llamarse jurídica y que su ataque constituye una agresión a la esencia de la persona humana”.

6. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1970, tomo I, p. 905. En el mismo sentido, Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1958, t. II, p. 334, quien señala que es exiguo el valor de las fuentes mediatas en el Derecho Penal (op. cit., t. I, p. 232).

7. Op. cit., t. I, p. 105. En relación a los límites del poder provincial y municipal véase en la misma obra p. 228 y siguientes.

8. Después de la Reforma Constitucional de 1994, artículo 75, inciso 12.

9. Después de la Reforma Constitucional de 1994, artículo 121.

10. La Reforma Constitucional de 1994 mantiene el mismo artículo con el mismo número.

11. Soler, op. cit., t. I, p. 107.

12. Fierro, Guillermo J., *La ley penal y el derecho transitorio*, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 10.



Sin embargo, dicho principio no se limita a la mera exigencia de una ley previa, sino que requiere un sistema discontinuo de ilicitudes. Ello significa que el sistema penal debe integrarse por tipos delictivos expresamente establecidos en la ley. La ley debe ser previa y las figuras o tipos penales deben ser descriptos en dicha ley. “Debe (...) repasarse debidamente el valor incalculable que tiene el principio de la tipicidad como complemento inescindible del de legalidad –dice Fierro–¹³ pues sin aquel, este puede ser sangrientamente desnaturalizado en su esencia sin alterarse un ápice su letra, ya que basta con dictar una ley anterior que disponga, por ejemplo, que toda conducta socialmente peligrosa será castigada con la pena que el órgano jurisdiccional administrativo estime adecuada para satisfacer externamente el principio de legalidad”.

Estos principios adquieren un mayor grado de afianzamiento y brindan totalmente su función de garantía en un Derecho Penal escrito. Así se ha dicho que “la naturaleza escrita de la ley es la que mejor conviene a los fines enunciados, pues de tal modo se cubren satisfactoriamente las posibilidades de dudas, confusiones o deliberadas distorsiones. Con el consiguiente peligro para la libertad individual”.¹⁴

Es por ello que la mayoría de la doctrina coincide con Maurach cuando señala que la *ley penal debe ser previa, scripta y strictu*.¹⁵

II.2. Fundamento del principio de legalidad y el concepto de ley en el texto constitucional.

La investigación de los orígenes y antecedentes del principio de reserva conduce a ubicarlo como una consecuencia de la doctrina de la división de poderes. “Como garantía política –explica Núñez– el principio de legalidad penal nació históricamente con el sentido de un resguardo individual que encontró su efectividad en la teoría de la división de los poderes de gobierno. El principio proclamado por el antiguo Derecho inglés y norteamericano y recibido por la Revolución Francesa, traduce la idea de los filósofos del siglo XVIII, de que la seguridad fundamental de los individuos no consiste en hacer todo lo que ellos quieren, ni en hacer lo que quiere el jefe del Estado, sino en hacer lo que les permite la ley, no dictada ni por los unos, ni por los otros, sino por el Parlamento. La

13. Ídem, pp. 10-11.

14. Ídem, p.10.

15. Soler, op. cit., t. I, p. 109; Jiménez de Asúa, op. cit., t. II, p. 336; Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1964, t. I, p. 95. Reinhart Maurach en su *Tratado de Derecho Penal* (traducción de Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, t. I, pp. 111-112), manifiesta refiriéndose a la eficacia garantizadora de la ley: “El que existan unas precisas líneas fronterizas entre culpabilidad e inculpabilidad, entre comportamiento punible y no punible, tiene importancia para el Derecho Penal, que esta rama del ordenamiento, en contraste a la práctica usual, no quiere confiar la labor de deslinde, al Derecho como tal –esto es, al conjunto de todas las fuentes jurídicas y de sus recursos más o menos seguros–, sino solo a la clara regulación de la inequívoca ‘ley escrita’, no susceptible de ser extendida. Tradicionalmente (y de modo restrictivo) se considera que tan solo en esta labor de deslinde radica la propia función de garantía de la ley penal, ‘la función de garantía individual de las conminaciones penales’ (‘tipos’)”.



garantía de legalidad se asienta, así, de manera firme en la distinción y separación entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. La separación de estos poderes es un principio fundamental del Derecho público moderno y representa el carácter más saliente que distingue los gobiernos libres de los gobiernos despóticos. La libertad no existe en un pueblo donde el poder que ejecuta la ley tiene el derecho de transformar en ley todas sus voluntades; y esa libertad está amenazada si el poder que hace la ley está encargado de aplicarla”. “Así entendido y lealmente practicado –agrega–, el principio de legalidad, en lo que al origen de la ley respecta, toma el sentido propio que le corresponde como garantía primordial de la seguridad del individuo frente a la acción del Poder Ejecutivo del Estado. Las garantías individuales no nacieron como resguardo de los derechos e intereses subjetivos contra las acciones ilegales de los particulares. Bajo ese aspecto, su protección ha estado siempre a cargo de la legislación general y del poder de policía del Estado. Las garantías individuales fueron otorgadas en el curso de la historia como seguridades contra la acción de los poderes del gobierno, especialmente de la del Poder Ejecutivo. En virtud de la exigencia de la legalidad del ejercicio de la facultad represiva estatal, el Poder Ejecutivo se vio despojado de la potestad, que históricamente le representó un arma poderosa frente a los gobernados, de crear a voluntad, según las circunstancias y su criterio de utilidad, las infracciones y las penas, antes o después del hecho justiciable”.¹⁶

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Oliver, Manuel”, el 15 de octubre de 1969, sostuvo que “la omisión de la ley no puede ser suplida por el Poder Ejecutivo por más elevados o convenientes que hayan sido los móviles, desde que ningún habitante está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni puede ser penado sin ley anterior al hecho del proceso (artículos 18 y 18, CN). Toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, solo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca”.¹⁷

En materia aduanera y en relación con la resolución de la Dirección Nacional de Aduanas 811/60,¹⁸ que sujetó las trasgresiones al régimen de pacotilla a las penas que la Ley 14792 estableció para las infracciones al régimen de equipaje, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, el 15 de abril de 1982, al confirmar el pronunciamiento del Tribunal Fiscal de la Nación, de fecha 22 de octubre de 1976, recaído en autos “González Dardo”¹⁹ que declaró

16. Núñez, op. cit., t. I, pp. 93-94.

17. Fallos 275:89.

18. Boletín de la Dirección Nacional de Aduanas, 1960, pp. 979-980.

19. En idéntico sentido y en la misma fecha, el Tribunal Fiscal de la Nación se pronunció en la causa “Castellarín, Delma E.”.



la ilegitimidad de dicha resolución porque el órgano que la dictó no estaba investido de las atribuciones que confería el artículo 67 de la Constitución Nacional,²⁰ sostuvo que la remisión creada por aquella resolución no salva el obstáculo que “emerge de la necesidad de que una conducta punible se halle prevista y penada en los textos sustantivos de la materia”.

Es por las transcriptas razones que aduce Núñez que el sentido de ley en el texto constitucional no es otro que el formal.²¹ La ley es “la emanada del Congreso, de la Legislatura Provincial o del Concejo municipal, es decir que toda infracción punitiva requiere para existir, tanto con relación al individuo en cuanto es destinatario como para el poder que ejerce la fuerza pública, una previa disposición legal dictada por el órgano constitucionalmente competente para reglar la conducta de los ciudadanos en sus respectivas esferas de actuación”.²²

II. 3. Irretroactividad de la ley más gravosa, proscripción de la analogía y retroactividad de la ley más benigna.

Dos corolarios del principio de legalidad penal son el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa y la proscripción de la analogía. El primero resulta de la misma exigencia del carácter previo de la ley y el segundo está ínsito en el primero, toda vez que como se ha señalado con total acierto “toda vulneración del principio de legalidad por vía analógica constituye una aplicación retroactiva más gravosa de la ley penal, ya que en el caso concreto la infracción es creada *ex post facto* por el juez, en vez de serlo por el legislador, como ocurre en las hipótesis de retroactividad de la ley punitiva”.²³

La regla *tempus regit actum* según la cual debe aplicarse la ley vigente al tiempo de comisión del ilícito reconoce una excepción en materia penal, la retroactividad de la nueva ley más benigna. Núñez lo funda en el principio supremo de justicia,²⁴ otros lo hacen en postulados previos y superiores de lo que deriva el desarrollo técnico jurídico del principio.²⁵ Él ha sido recogido en la norma del artículo 2 del Código Penal, si bien en este precepto se alude a la ley más benigna.²⁶

20. Después de la Reforma Constitucional de 1994, artículo 75 de la CN.

21. Fierro, op. cit., p. 11. Coincidentemente, Jiménez de Asúa, op. cit., t. II, pp. 334-335; Núñez, op. cit., t. I, p. 96; Soler, op. cit., t. I, p. 114.

22. Fierro, op. cit., p. 13.

23. *Ibíd.*

24. Núñez, op. cit., t. I, p. 135-136.

25. Fierro, op. cit., pp. 201-209. Sobre los fundamentos: Fierro, op. cit. precedente; Jiménez de Asúa, op. cit., t. I, p. 96; Soler, op. cit., t. I, p. 191.

26. Fierro, op. cit. p. 231; Jiménez de Asúa, op. cit., t. II, p. 632; Núñez, op. cit., t. I, p. 141 y siguientes; Soler, op. cit., t. I, p. 192.



II. 4. Principio de irretroactividad de la ley penal.

La razón por la cual la Constitución Nacional aclara que la ley debe ser previa (artículo 18) es porque quiere consagrar el principio de irretroactividad de la ley penal. El constituyente quiso proteger los derechos de las personas de modo tal que nadie pudiera ser inculcado por un hecho que al momento de su realización no estaba prohibido y que a nadie se le aplicaren disposiciones penales más gravosas que las existentes al momento de consumación del ilícito. De la unión de estos dos principios resulta que el objetivo perseguido es que sean delitos los que describe el legislador y que lo sean para el futuro, y que la situación penal de las personas frente a la ley vigente al momento de cometer el delito no sea agravada por leyes penales posteriores.

II. 5. Principio de tipicidad.

Sin embargo, para que la primera protección que el derecho penal liberal otorga para la garantía de los derechos individuales sea completa es necesario que a los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal se sume el principio de tipicidad. Los tres principios, indisolublemente unidos, sustentan nuestro derecho penal. El Congreso, al establecer el delito, lo debe tipificar. En otras palabras, la ley penal debe describir la conducta (matar, robar, violar, secuestrar, etc.). Lo importante en dicha descripción es el verbo que describe la acción, la conducta que se tipifica como delito.

Los tres principios están íntimamente unidos, a tal punto que cuando se habla del principio de legalidad están implícitos el de irretroactividad de la ley penal y el principio de tipicidad.

El principio de legalidad, así entendido, lleva a una consecuencia, la proscripción de la analogía en materia penal. Aquí puede verse una semejanza más entre la materia tributaria y la materia penal, como está excluida la analogía en materia tributaria también está excluida en materia penal. Esto significa que por más repugnante o inmoral que parezca un hecho, si no está inculcado como delito no puede sancionarse y aun cuando alguna ley describa otros hechos semejantes que sí lo están, no pueden inculcarse. Es que debe comprenderse que ninguna conducta es delito por sí misma, solo la ley determina cuáles son las conductas que lo son. No hay mala *per se*, sino *mala prohibita*.

El derecho penal no es un plano dividido en dos zonas, una, la de las conductas permitidas y otra que corresponde a las conductas prohibidas. Para el derecho penal liberal hay un solo plano, el de la libertad de las conductas, porque toda conducta está permitida, salvo la que esté expresamente prohibida. Por ello, Sebastián Soler dijo que el derecho penal es un sistema discontinuo de ilicitudes. Todo está permitido, salvo lo prohibido.



III. Principio de la ley penal más benigna.

El principio se aplicó siempre por los tribunales penales y de la justicia federal con sustento normativo en el artículo 2 del Código Penal y se lo sostuvo con la extensión amplia que establece dicho Código.²⁷ En este aspecto, debemos señalar que el principio supone la comparación de los sucesivos ordenamientos penales desde el momento de configuración del ilícito hasta el momento de pronunciarse el fallo y en el caso de las penas, hasta el momento en que termina su ejecución. El principio impone su aplicación de oficio.²⁸

Desde 1994, este principio está incluido de manera expresa en la Constitución Nacional, al haberse incorporado a su texto la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El artículo 9 de la Convención y el artículo 15 del Pacto disponen que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.”²⁹ Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.³⁰ Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

La comparación del texto de la Convención y el Pacto con el texto del artículo 2 del Código Penal pone en evidencia que la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos limitan el principio a la pena. En cambio, el Código Penal refiere el principio a la ley más benigna. En otras palabras, el Código Penal reconoce un ámbito de aplicación más extenso que la Convención.

La legislación comparada muestra que el principio tiene distintos alcances. Así, algunas lo limitan a la comparación de las sucesivas leyes penales existentes entre el momento de comisión del ilícito y el momento de la condena y dejan al margen del principio el cumplimiento de la pena. Es lo que ocurre en la legislación francesa. La razón que sustenta la limitación es evitar que el principio colisione con otro principio fundamental de la materia procesal penal como es el de cosa juzgada, pero la legislación francesa ha preferido mantener inalterables los dos principios. En realidad, el principio de la ley

27. El artículo 2 del Código Penal Argentino prescribe: “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho”. El artículo 3 agrega que “En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado”.

28. Léase el último párrafo del artículo 2 del Código Penal Argentino.

29. El artículo 18 de la Constitución Nacional prescribe: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso” y el artículo 19, “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

30. El concepto coincide con el primer párrafo del artículo 2 del Código Penal Argentino.



penal más benigna desplaza al principio de cosa juzgada. No obstante, en Francia se concede al juez un derecho de gracia o perdón para lograr los mismos efectos que produce el principio cuando comprende la ejecución de la sanción. De tal modo, el juez puede dar por cumplida la sanción o disminuir la pena.³¹

La aplicación del principio de la ley más benigna es perfectamente compatible con el de irretroactividad de la ley penal, desde que este principio lo que prohíbe es la retroactividad de las leyes penales cuando incriminan un hecho o agravan la situación del imputado, procesado o condenado frente a la ley penal, pero no se opone a su aplicación cuando es para beneficiarlos.

Parece claro que el concepto de ley más benigna no se limita solo a la pena. En efecto, si la ley desincrimina un hecho, es más benigna porque antes el hecho era delito y ahora no lo es. Igualmente si la ley elimina una causa de suspensión o de interrupción de la prescripción y de tal modo, se acorta el plazo de prescripción, la ley será más benigna y, como tal, deberá aplicarse. De la misma manera, cuando se favorece el cómputo de la condena condicional o cuando la ley establece una pena de menor entidad. En este aspecto, la escala de las penas, como lo establece el artículo 5 del Código Penal, se integra por orden de gravedad con la reclusión, la prisión, la multa y la inhabilitación. Si nos atenemos al derecho comparado podemos agregar algunas más. En efecto, si bien la más grave es la muerte, existen otras que son más graves que la reclusión. Entre ellas, el cercenamiento de un miembro, los azotes y los tormentos físicos.

La reclusión priva de la libertad como la prisión, pero se debe cumplir en lugares alejados, con régimen de aislamiento y, muchas veces, con sometimiento de un régimen de trabajos forzados.

El principio se aplica también cuando resultan más favorables al imputado las condiciones objetivas de punibilidad. Así lo admitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver la causa “Palero”.³²

El principio de la ley penal más benigna está sustentado por el principio de justicia. Si se desincrimina un hecho como delito, no es justo que quien está cumpliendo una condena por la comisión de ese hecho deba cumplir la pena tal como le ha sido aplicada. Lo justo es que quede inmediatamente en libertad. Ello es así porque si se modifica la valoración social respecto del hecho no resulta justo tratar de distinta manera a quien realizó el hecho antes y a quienes lo realizan ahora. El mismo razonamiento debe formularse respecto de los demás supuestos de leyes más benignas. En definitiva, el principio de

31. García Belsunce, Horacio, *Derecho Tributario Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1985, pp. 112-113.

32. Véase nuestro artículo “Modificación del Régimen Penal Tributario. Ley penal más benigna” en el diario *La Ley* del 3 de mayo de 2012, pp. 1-3.



justicia requiere que en las mismas circunstancias el tratamiento jurídico conceda la misma solución.³³

IV. El principio de la ley penal más benigna y las leyes penales en blanco.

La ley penal define el tipo y la sanción. Sin embargo, existen leyes penales en las que el único elemento que está determinado es la sanción, porque el precepto al que vincula la consecuencia no aparece expresamente descripto sino solo como una prohibición de carácter genérico que debe ser definido por un reglamento, una orden de autoridad o por una ley.³⁴ Jiménez de Asúa distingue cuatro supuestos: a) aquel en que la declaración de antijuridicidad se halla diferida a terceras autoridades, como sucede en el tercer párrafo del artículo 136 del Código Penal, que dispone que sufrirá pena “el oficial público que, fuera de los demás casos de este artículo, procediera a la celebración de un matrimonio sin haber observado todas las formalidades exigidas por la ley”. Coincidiendo con Núñez, señala que en realidad no son ejemplos de leyes en blanco porque solo se trata de elementos normativos, incrustados en el tipo y que la naturaleza de esos preceptos no es distinta a la de aquellos otros “que de una u otra forma aluden a la antijuridicidad de la conducta”;³⁵ b) el caso en que el complemento aparece definido en la misma ley. En rigor, tampoco se estaría en presencia de una ley en blanco pues sencillamente se trata de un problema de técnica legislativa;³⁶ c) aquellos en los que el complemento emana de la misma instancia legislativa, pero no de la misma ley. Sostiene que este caso corresponde a sistemas legislativos en que “es fluctuante la índole de ciertos hechos que se necesita reprimir para proteger los intereses jurídicos referentes a relaciones sociales como las económicas y sanitarias. Todos están de acuerdo en que deben ser penados y

33. La referencia al principio de justicia en materia jurídica, en la mayoría de los casos, significa aludir al principio de igualdad. No cabe ninguna duda de que la naturaleza es desigual y que los hombres han agregado a las desigualdades naturales desigualdades de carácter social y económico, pero el principio moral y ético siempre deseado es el de igualdad. Si los seres humanos son iguales ante Dios, infinitamente omnipotente pero infinitamente bueno y justo, que a todos nos trata del mismo modo y nos juzgará con la misma vara –porque cada uno responderá ante Él por lo recibido–, desde el punto de vista jurídico, el hombre creó el principio de igualdad ante la ley que propone la superación de cualesquiera de aquellas desigualdades. Así como los hombres son iguales ante Dios, el derecho los hace iguales ante la ley.

En una materia tan sensible como la tributaria, en la que se trata de la concurrencia de cada uno al mantenimiento del Estado, el principio de igualdad se transforma en el principio de justicia tributaria. La materia penal, tan sensible como la tributaria en razón de los bienes personales en juego frente a la aplicación de sanciones, no puede ser distinta y también el principio de igualdad nutre al principio de justicia.

El principio de igualdad no tiene su origen en la tradición jurídica romana ni en la germánica, que son las fuentes de las que deriva el derecho argentino. Nuestro derecho, como tantos otros, lo recibió de la religión judeo cristiana. Es el indicado principio de que todos somos iguales ante Dios y nos juzgará a todos de la misma manera en función de lo recibido (Damarco, Jorge Héctor, *La responsabilidad extracontractual del Estado en materia Impositiva*, obra inédita).

34. Jiménez de Asúa, op. cit., t. II, p. 349 y siguientes.; Núñez, op. cit., t. I, p. 99 y siguientes; Soler, op. cit., t. I, pp. 121-122.

35. Jiménez de Asúa, op. cit., t. II, p. 350.

36. Jiménez de Asúa, op. cit., t. II, pp. 350-351; Núñez, op. cit., t. I, p. 99 y siguientes.



esto es lo permanente, pero no es posible establecer los tipos en la forma rígida de la ley punitiva siendo preferible consignarlos en disposiciones legales más flexibles”, y citando a Núñez afirma que “sin cambiar la ley que los castiga, se pueden ir estructurando a la par y en la medida que la reglamentación jurídica de esas sanciones lo exija”.³⁷ Sería un caso impropio de ley penal en blanco;³⁸ y d) por último, tanto para Jiménez de Asúa como para Soler,³⁹ los supuestos de ley en blanco en sentido estricto, en los que el complemento se halla atribuido a otra instancia legisferante o autoridad y que adquieren particular relevancia en la República Argentina en razón de que “por medio de ellas se da reconocimiento como fuentes mediatas de Derecho Penal a otros actos que pueden no ser leyes en sentido estricto o técnico (actos del Poder Legislativo)”.⁴⁰

No es el objeto de estas notas considerar ahora, en profundidad, el problema relativo al ámbito temporal de validez de la ley penal ni las distintas hipótesis de sucesión de leyes, sino señalar, en relación con la ley penal más benigna, el efecto que producen las modificaciones de los elementos constitutivos del tipo –de origen extrapenal– y de las disposiciones extrapenales –generalmente dictadas por una autoridad distinta a aquella de la que emana la ley penal–, que constituyen el antecedente de la sanción y complementan las leyes penales en blanco.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Cristalux”⁴¹ puntualizó que en los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se contemplaron las leyes especiales, temporales o de emergencia, como supuestos en los cuales es posible no aplicar el principio de retroactividad de la ley penal más benigna y sostuvieron que dichas excepciones resultaban razonables en la medida en que, de otro modo, se despojaría *a priori* a esas leyes de toda eficacia, pues al ser concebidas para regular situaciones eminentemente variables quedarían desactualizadas rápidamente por disposiciones posteriores, por lo que resultarían inocuas para proteger el bien jurídico para el que fueron sancionadas.⁴²

37. Jiménez de Asúa, op. cit., t. II, p. 351; Núñez, op. cit., t. I, p. 99 y siguientes.

38. Jiménez de Asúa, op. cit., t. II, p. 351.

39. *Ibíd.*; Soler, op. cit., t. I, pp. 121-122.

40. Jiménez de Asúa, op. cit., t. II, p. 354; Soler, op. cit., t. I, p. 122. Jiménez de Asúa se ocupa también de lo que denomina “ley en blanco al revés” en la que “la parte no fijada es la pena en vez de estar en blanco el tipo” (op. cit., t. II, p. 353).

41. “Cristalux S. A.”, diario *La Ley* del 22 de mayo de 2006, pp. 6-7.

42. Las leyes penales temporarias son aquellas “que fijan por sí mismas su duración” (Soler, Sebastián, op. cit., t. I, p. 194) y comprenden “series temporalmente limitadas de acciones” (*ibíd.*). Soler sostiene que a los hechos ocurridos durante su vigencia, cuando esta se ha cumplido, no se les aplica el principio de la ley penal más benigna, porque si la ley temporaria es más gravosa y el derecho común más benigno, la ley temporaria sería ineficaz (op. cit., p. 195). Sin embargo, esta opinión no es la de Jiménez de Asúa ni la de Núñez, a quienes el doctor García Belsunce menciona en su obra, porque mientras el primero entiende que siempre corresponde aplicar el artículo 2 del Código Penal, salvo que una norma expresamente disponga lo contrario, Núñez cree que cada caso debe decidirse con arreglo al sentido de la ley temporaria (García Belsunce, Horacio A., op. cit., p. 113). El doctor García Belsunce, a su vez, expone su propio criterio y aclara que las leyes temporarias y las leyes excepcionales son dos especies de las denominadas “leyes tran-



Agregaron que el régimen represivo del control de cambios, en el caso, se plasmaba en normas que de acuerdo a sus notas características se ajustaban a las llamadas leyes penales en blanco, y que en esta clase de leyes penales se da la posibilidad de que, sin una variación aparente del tipo penal, su contenido resulta modificado por el cambio sufrido por la norma extrapenal, y que ello es así porque no es posible concebir la norma en estudio como completa sin la normativa del complemento, pues esta resulta una parte esencial de la ley sin la cual se tornaría inoperante. “Por ello, ante las modificaciones favorables, experimentadas por las leyes penales en blanco a consecuencia de variaciones de la norma extrapenal, el reo debe beneficiarse con ellas.”

Es por ello que el Alto Tribunal solo lo ha interpretado –fuera de las salvedades aludidas– en los supuestos en los que aquel integra una ley federal por virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del Código Penal (confr. dictamen del Procurador General de la Nación, doctor Petracchi, en Fallos 293:522, p. 523).

A continuación, puntualizó que, por lo tanto, “no es posible pretender que una rama del derecho represivo o un determinado objeto de protección estén genéricamente excluidos de la esfera de aplicación de la garantía. De otro modo, el camino de una interpretación amplia de esta última, supuesta en el propósito de “que el delincuente se beneficie lo más posible de cualesquier modificaciones ulteriores de la legislación” (Naciones Unidas, Asamblea General, decimoquinto período de sesiones, Documentos Oficiales, tercera Comisión, Nueva York, sesión 101ª, 2/11/1960, intervención de la representante del Japón, p. 158), se vería inicialmente sembrado de obstáculos que un examen particular podría revelar arbitrarios”.

Asimismo, dijo que en el “orden de las excepciones legítimas a la aplicación del principio en examen, los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –cuyo valor hermenéutico destaca el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados– solo dan cuenta del supuesto de las leyes penales temporarias o de emergencia (conf. Naciones Unidas, Asamblea General, decimoquinto período de sesiones, Documentos Oficiales, Tercera Comisión, Nueva York, sesión 101ª, 3/11/1969, intervención del representante de Pakistán, p. 162; del representante de la India, *ibídem*; de Noruega, p. 163; sesión 1013ª, 4/11/1960, intervención del representante

sitorias”. En definitiva, concluye afirmando que en el caso de las leyes temporarias no debe aplicarse el principio en el supuesto analizado por los autores nombrados, mientras que en relación con las leyes excepcionales cree que la ley debe aplicarse mientras dure la situación excepcional que la determina, pero que a los hechos ocurridos durante la vigencia de la ley y juzgados después, es aplicable el principio de la ley penal más benigna.

En este punto, creo necesario destacar el sentido de la afirmación del doctor García Belsunce cuando expresa que a los supuestos regidos por las leyes temporarias no se les aplica el principio de la ley penal más benigna cuando los hechos son juzgados después de la vigencia de la ley temporaria. Su afirmación de que quedan regidos por la ley temporaria, sea esta más gravosa o más benigna, tiene el siguiente fundamento: si la ley temporaria es más gravosa, la aplicación del principio en el caso planteado por el doctor García Belsunce tornaría ineficaz la norma, como lo señala Soler. Y si la ley temporaria es más benigna, no tiene sentido invocar la aplicación del principio.



del Reino Unido, p. 174). Las opiniones expuestas en esa ocasión coinciden, en lo sustancial, con la doctrina aplicada por este tribunal en el precedente registrado en Fallos 293:522 (caso “S. A. Frigorífico Yaguané”). Sin embargo, agregó, en el caso se plantea una cuestión ajena al referido ámbito de los regímenes penales temporarios. “En efecto, se trata en esta oportunidad de resolver si, ante una ley penal en blanco –como lo es la ley 19.359 en los incisos de su artículo 1 que han entrado en consideración en el caso–, las mutaciones de las normas permanentes que la complementan ponen también en funcionamiento el derecho del imputado a beneficiarse por la nueva configuración normativa.”

En ese orden de consideraciones, continuó señalando: “Una tradicional jurisprudencia de la Corte ha dejado sentado que ese derecho ‘es, en principio, comprensivo de los supuestos en que la norma modificada, aunque ajena al derecho represivo, condiciona la sanción penal. Pero la modificación de tales preceptos no configura un régimen más benigno si no traduce un criterio legislativo de mayor lenidad en orden a la infracción cometida’ (Fallos 211:443, caso ‘Moisés Maskivker’, v. pág. 448)”. “Ese es también el principio para la unánime doctrina y jurisprudencia alemanas (conf., en general, Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de la 4ª ed. alemana a cargo de J. L. Manzanares Samaniego, Granada, 1993, p. 125, nota 44; Herbert Trondle en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10ª ed., Berlín-Nueva York, 1985, parágrafo 2, marg. núm. 7). Para dicha jurisprudencia ello es así desde la capital sentencia del Superior Tribunal Federal de Alemania del 8 de enero de 1965 (BGHSt 20, 1966, p. 177 y siguientes). En esa oportunidad se dijo: ‘El Tribunal del Reich había rechazado la aplicación del parágrafo 2, StGB, para el ámbito de tales leyes en blanco, cuando solamente eran modificadas las normas complementarias situadas en otras leyes u ordenanzas, pero la disposición penal se mantenía invariada (conf. RGSt 49, 410 con referencias sobre la constante jurisprudencia y Mezger ZStW 42, 348). Esta opinión no puede ser mantenida, pues hace depender formal y arbitrariamente la cuestión de la ley más benigna del azar de la técnica legislativa y con ello conduce a resultados injustos. Pero tampoco desde un punto de vista material está justificado limitar el concepto de ley mediante la interpretación del parágrafo 2, ap. 2 StGB. La norma de sanción deviene ‘ley penal’ por el correspondiente supuesto de hecho de la norma complementaria, sin el cual la amenaza penal en blanco sería inoperante. Con el cambio de la norma complementaria varía, por tanto, un elemento sustancial de la ley penal misma. Notoriamente, pues, para la cuestión de la ley penal más benigna, interesa la situación jurídica total de la que depende la pena. No existe fundamento jurídico para no emplear esta regla en el ámbito de las leyes penales en blanco. Esta es también la opinión unánime de la literatura’ (pp. 180-181)”.

“13º) Que (...) no existen razones para excluir a las leyes penales en blanco, del principio de aplicación de la ley penal más benigna consagrado en los pactos que hoy gozan de jerarquía constitucional. En esta clase de leyes penales se da la posibilidad de que,



sin una variación formal aparente del tipo penal, su contenido resulte modificado por el cambio sufrido por la norma extrapenal. Ello en razón de que no es posible concebir como completa la norma en estudio sin la normativa de complemento, pues esta resulta una parte esencial de la ley sin la cual se tornaría inoperante. Por ello, ante las modificaciones favorables, experimentadas por las leyes penales en blanco a consecuencia de variaciones de la norma extrapenal, el reo debe beneficiarse con ellas”.

IV. 1. La evolución de la doctrina jurisprudencial.

Las sentencias del Alto Tribunal muestran un cambio de su doctrina en relación con la aplicación del principio de la ley más benigna cuando lo que se modifica es la norma extrapenal que modifica el complemento de la ley penal. En efecto, la evolución de dicha doctrina puede sintetizarse así:

1. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Argenflora”⁴³ expuso la posición tradicional del Alto Tribunal, según la cual las variaciones de la ley extrapenal que complementa la “ley penal en blanco” no dan lugar a la aplicación de la regla de la ley más benigna, cuando ese complemento de la norma penal es un acto administrativo, concebido ya por ella misma como de naturaleza eminentemente variable. En tal sentido, las variantes reflejan circunstancias de hecho, cuya desaparición luego de cometido el delito, en nada influyen sobre la punibilidad de este. El principio de la ley penal más benigna no es aplicable cuando no se dictó una nueva norma que desincrimine la conducta –la infracción al régimen extrapenal complementario– o reduzca las penas allí previstas.
2. Los votos que conforman la sentencia de los autos “Cristalux” se apartan de la doctrina expuesta por el Tribunal en los autos “Argenflora”. Ninguno de ellos comparte las argumentaciones expuestas en dicha causa. De tal modo, la doctrina tradicional, a tenor de la cual las modificaciones de las normas extrapenales que complementan la norma penal solo dan lugar a la aplicación del principio de la ley más benigna cuando ellas significan la modificación de la figura abstracta del derecho penal, queda como un precedente desechado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su actual integración.
3. La doctrina de la mayoría de la Corte en la causa “Cristalux” sostuvo que el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna siempre fue considerado un principio disponible por el legislador común, cuya ausencia no generaba *per se* un agravio constitucional y que la Corte solo lo ha interpretado cuando aquel integró una ley federal; que no es posible pretender que una rama del derecho represivo o un determinado objeto de protección estén

43. Fallos 320:764. La sentencia fue suscripta por Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’ Connor, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López y Adolfo Roberto Vázquez.



genéricamente excluidos de la esfera de aplicación de la garantía; que existen excepciones legítimas a la aplicación del principio y ellas son los supuestos de las leyes penales temporarias o de emergencia; que en el caso “Cristalux”, se planteó una cuestión ajena al referido ámbito de los regímenes penales temporarios; que se trató de resolver si, ante una ley penal en blanco, las mutaciones de las normas permanentes que la complementan ponen también en funcionamiento el derecho del imputado a beneficiarse por la nueva configuración normativa; que no se configuraban situaciones comprendidas en el régimen de excepciones al principio de la ley penal más benigna; que la opinión según la cual el principio no es aplicable cuando solamente son modificadas las normas complementarias situadas en otras leyes u ordenanzas, pero la disposición penal se mantiene invariada, no puede ser mantenida, pues hace depender formal y arbitrariamente la cuestión de la ley más benigna del azar de la técnica legislativa y con ello conduce a resultados injustos; que el principio no se aplica cuando el complemento es de naturaleza variable, la alteración es meramente formal o se trata de una ley temporaria; que en términos generales, la aplicación retroactiva del nuevo reglamento (extrapenal) resulta inadecuada cuando la derogación no se propone permitir un espacio mayor de libertad de comportamiento, sino solo otro en que se conforma de modo distinto lo que hasta entonces estaba permitido; que la modificación legal examinada en “Cristalux” tuvo como consecuencia una considerable ampliación de la esfera de libertad de comportamiento en el campo del tráfico exterior de divisas y la consiguiente revocación del concreto fin de protección al que respondía el sistema de clausura fundado en el decreto 2581/64 y por lo tanto, la conducta imputada cae en el ámbito de aplicación directa de la regla de la retroactividad de la ley penal más benigna.

4. Lo expuesto es suficiente para advertir que es posible distinguir tres distintas posiciones sobre la cuestión analizada: a) la tradicional de la Corte Suprema; b) la expuesta por mayoría en la causa “Cristalux”; y c) si bien no hay diferencias esenciales entre el voto de la mayoría y el voto del Dr. Fayt, parecería que surge un criterio más amplio del voto de la Dra. Argibay que prácticamente extiende la aplicación del principio a todas las modificaciones de la norma extrapenal.

V. La doctrina del fallo “Cristalux” y las infracciones tributarias y aduaneras. Los criterios expuestos por el Alto Tribunal, en principio, deben hacerse extensivos –en idénticas circunstancias a las expuestas en el fallo “Cristalux S. A.”– a las normas sancionatorias de otros ordenamientos penales específicos porque la incorporación al texto constitucional del principio de la ley penal más benigna torna incompatible con la Constitución Nacional toda disposición que restrinja la aplicación del principio. En otras palabras, en

lo sucesivo, no podrá prescindirse de las pautas de interpretación que surgen del fallo recaído en la causa “Cristalux” cuando los tipos penales (en blanco) remitan a complementos contenidos en normas extrapenales. Así, el principio de la ley penal más benigna será aplicable a los regímenes sancionadores de la ley 11683 y del Código Aduanero, cuando las normas que describan tipos penales constituyen leyes penales en blanco y hagan referencia a complementos del derecho extrapenal, administrativo, tributario, etc., siempre que la modificación de la norma extrapenal constituya una modificación permanente, sustancial del régimen que se reestructura. La aplicación del principio deberá adecuarse a la doctrina del Alto Tribunal, considerando integralmente el ordenamiento de que se trata para determinar si realmente se ha operado un cambio del régimen extrapenal permanente o su modificación sustancial. Para ello, deberá determinarse cuál es la clase de variación que se produjo en la norma extrapenal. La limitación de su aplicación solo procederá en los casos en que las modificaciones extrapenales sean de elementos formales o variables. Del mismo modo, el principio no será aplicable cuando se trate de una ley temporaria o de emergencia. El examen que se realice debe conducir, en cada caso particular, a un análisis minucioso del sentido, alcance y extensión de la modificación operada. En este orden de ideas podrían plantearse distintas hipótesis (modificación de una alícuota, derogación de un impuesto, modificación del plazo para la presentación de una declaración jurada, derogación del régimen de presentación de declaraciones juradas) que, según la doctrina tradicional del Alto Tribunal, no hubieran dado lugar a la aplicación del principio de la ley penal más benigna.

Sin embargo, en principio, parecería que a la luz de la nueva doctrina habría que distinguir las situaciones. Así, por ejemplo, no tendría seguramente la misma trascendencia o efecto frente a la garantía constitucional, la modificación de una alícuota impositiva (circunstancial y variable) que la derogación de un impuesto; o la modificación de un plazo para presentar una declaración jurada (circunstancial y variable) que la derogación del régimen de presentación de las declaraciones juradas.

Los términos en que está expuesta la doctrina por la Corte Suprema de Justicia de la Nación llevan a la conclusión de que a ella deberá ajustarse el sentido del principio en materia de infracciones tributarias y aduaneras y que también a sus términos deberá ajustarse el alcance del principio frente al artículo 899 del Código Aduanero, cuando establece que no constituye ley penal más benigna el que modifique el tratamiento aduanero y fiscal de la mercadería. La aplicación del principio solo estará excluida cuando se modifique algún elemento circunstancial o variable, pero no cuando se modifique algún elemento de carácter permanente.

Si así no se lo entendiera, en los términos de la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se violaría la Constitución Nacional.



VI. Los fallos de la Justicia contencioso administrativo tributaria de la CABA que comenté contienen una clara y profunda enseñanza sobre la verdadera dimensión que debe asignarse a la determinación de la naturaleza jurídica de los ilícitos tributarios. En este aspecto, con fundamento en las sentencias que fueron citadas por los pronunciamientos recaídos en las dos instancias judiciales, se afirmó que los ilícitos tributarios descriptos por el Código Fiscal de la CABA son ilícitos penales.

A mi juicio este es el punto de partida que sostiene el razonamiento expuesto por los mencionados fallos. Así lo creo porque, en mi parecer, es la existencia de una pena la que permite calificar como penal a un ilícito y es esta calidad la que determina, como se sostiene en las dos sentencias, la aplicación del principio de la ley penal más benigna.

En estos términos, no puede existir ninguna duda de que, si se tuvo por reunidos los requisitos establecidos por la ley para que operara la condonación, esta debía declararse de oficio. Ello debía ser así porque el órgano judicial no podía confirmar o revocar una sanción, cuando se había extinguido la acción penal del Estado para aplicar una multa por el perdón de la sanción dispuesta por el Poder Legislativo.

Los pronunciamientos judiciales que comento contribuyen a cimentar un orden jurídico justo y previsible porque muestran un correcto tratamiento metodológico de las cuestiones que resuelven, un ordenado y lógico razonamiento jurídico y una adecuada aplicación de las normas del derecho positivo y de los principios generales del derecho penal.



13.

“ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14 CCABA)”

BASURA CERO, VILLA 20

Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA

28 de diciembre de 2012



POBREZA Y DESIGUALDAD ESTRUCTURAL EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Por Roberto P. Saba*

La Ciudad de Buenos Aires, con casi 3 millones de habitantes, se encuentra entre las 20 ciudades más grandes del mundo y es una de las más ricas de América Latina. Su ingreso per cápita está ubicado entre los tres más altos del subcontinente y es comparable al promedio de las regiones más ricas del planeta.¹ Sin embargo, en esta misma urbe conviven realidades extremas. Las desigualdades estructurales entre el norte rico de la Ciudad y su zona sur, más postergada y empobrecida, se confirma cada año en la Encuesta Anual de Hogares realizada por la Dirección General de Estadísticas y Censos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.² Aproximadamente 200.000 personas viven en las denominadas *villas de emergencia* o *asentamientos*. Sus vidas cotidianas están caracterizadas por las enormes carencias que padecen, tales como la falta de acceso a las redes de corriente eléctrica y de agua potable, o la deficiente provisión del servicio de saneamiento e higiene urbana y, sobre todo, en lo que respecta a la recolección de basura.³

En diciembre de 2012, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires resolvió un amparo interpuesto por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) en el que esta organización reclamaba por la situación sanitaria de la Villa 20, ubicada en el sur de la ciudad, solicitando que el Poder Judicial le ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) garantizar a los habitantes del asentamiento la provisión adecuada del servicio de higiene urbana como servicio público.⁴ Según los hechos descriptos en la causa, existen once puntos de acopio en los que los vecinos arrojan sus residuos diarios, tres de los cuales son “piletones” construidos con material de cemento. Los ocho restantes no cuentan con un recipiente que contenga la basura, quedando esta al descubierto. Estos lugares de acopio son insuficientes, haya o no contenedores, para satisfacer las necesidades del barrio. En este contexto, los vecinos de la villa se encuentran en permanente contacto con la basura

* Abogado (UBA), Máster y Doctor en Leyes (Yale University). Profesor de Derecho Constitucional en las facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de Palermo. Decano de esta última.

1. Ver http://www.brookings.edu/~media/Research/Files/Reports/2015/01/22-global-metro-monitor/bmpp_GMM_final.pdf?la=en

2. Ver http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/hacienda/sis_estadistico/EAH/cuadros_basicos/2014_tabula_dos_basicos_provisorios.pdf

3. Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, *La discusión de los residuos en las villas: Hacia una prestación igualitaria*, Buenos Aires, octubre 2013. Ver en <http://acij.org.ar/wp-content/uploads/2013/10/Informe-Basura-Final.pdf>

4. *Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCABA)*, decidido por la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires en diciembre de 2012.



y expuestos a contraer todo tipo de enfermedades. La acumulación de residuos atrae roedores cuyas cuevas están a la vista, interconectadas y de gran profundidad. Según el testimonio de los vecinos, el olor es hediondo como producto de la putrefacción de la basura acumulada. Algunas calles internas de la villa se encuentran obstruidas por la cantidad de desperdicios no recolectados por largos períodos, por lo que el tránsito es casi imposible. Las “montañas” de basura, que se levantan frente a las entradas de las casas, salas de primeros auxilios y comedores comunitarios, muchas veces llegan a medir tres metros de altura. La proliferación de roedores y su contacto con los niños arroja como resultado un número significativo de casos de mordeduras de ratas que provocan en los niños serias enfermedades como la leptopirosis. La recolección de basura, a cargo del gobierno de la Ciudad, específicamente bajo la responsabilidad del Ministerio de Ambiente y Espacio Público, se implementa en la Villa 20 por medio de la contratación de la empresa INTEGRAL UTE, cuyos camiones y personal recogen periódicamente parte de la basura pero no su totalidad, lo que produce su acumulación. ACIJ fundó su reclamo en la afectación de los derechos a la salud y al goce de un medio ambiente sano de los habitantes de la Villa 20, provocada por la acumulación de basura en cantidades ingentes y por períodos prolongados medidos en años. El Tribunal de Apelación hizo lugar al reclamo reconociendo, por un lado, la obligación del GCBA de proveer un servicio público de recolección de residuos y saneamiento con miras a respetar los derechos constitucionales de los afectados a la igualdad de trato, la salud y el disfrute de un medio ambiente sin contaminación. La sentencia fue decidida por unanimidad, contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, aunque las magistradas Mariana Díaz e Inés Weinberg emitieron en forma conjunta su opinión, mientras el Juez Carlos Balbín presentó su voto parcialmente disidente en la parte resolutive, ofreciendo sus propios fundamentos. El fallo, en su conjunto, implica una importante toma de posición del Tribunal de alzada respecto de las obligaciones estatales y el reconocimiento constitucional, tanto de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires como de la Nacional, de los derechos sociales en juego. Todos los jueces coincidieron en que el GCBA debía, en primer lugar, recoger en un plazo perentorio de 24 horas la totalidad de los residuos acumulados; además, discreparon en torno a la necesidad de que la autoridad pública presentara un plan para solucionar el problema de fondo y, finalmente, todos ellos rechazaron la objeción del gobierno respecto de las limitaciones presupuestarias y la alegada lesión a la separación de poderes que podría implicar asignar recursos a la implementación del remedio ordenado por la Justicia tanto en primera instancia como en la sentencia del tribunal de alzada. Más allá de las coincidencias, sin embargo, es interesante detenerse en la elaboración de los argumentos esgrimidos por los diferentes magistrados para arribar a esta decisión, pues en la discrepancia entre los votos de las dos juezas y el del magistrado que votó de acuerdo con sus propios argumentos, se asoma una interesante discusión en torno a concepciones de igualdad, así como un diagnóstico de la situación planteada que podría impactar sobre futuros casos referidos a la provisión de otros servicios públicos o el



respeto de derechos afectados, tales como el derecho a la salud, al medio ambiente sano o a la educación.

El centro del debate entre los dos votos, el de Díaz y Weinberg, por un lado, y el de Balbín, por el otro, se articula, desde mi punto de vista, en torno a la concepción de igualdad ante la ley que ambos enfoques manejan e invocan. Este debate no es ajeno a una discusión de carácter más amplio y que presentaré preliminarmente para poder pasar luego al análisis de los votos de los miembros del Tribunal.

I. POBREZA Y DERECHOS⁵

El lenguaje de los derechos es sumamente poderoso. Ser titular de un derecho equivale a poseer una carta de triunfo capaz de derrotar la voluntad de la más abrumadora mayoría alineada detrás de una política pública o de una decisión legislativa.⁶ Los escandalosos índices de pobreza que campean en América Latina y el Caribe han llevado a juristas, cientistas políticos y economistas, así como a organismos multilaterales de desarrollo, a establecer un vínculo entre aquellos índices y la afectación de derechos reconocidos en constituciones y tratados internacionales. Es posible identificar al menos tres grandes bloques de argumentos tendientes a poner en evidencia la relación entre pobreza y derechos. En primer lugar, podemos mencionar posturas que conectan la condición de *ser pobre* con la imposibilidad de desarrollar un plan de vida autónomo. En segundo término, existe una perspectiva que relaciona la pobreza con la incapacidad para satisfacer necesidades básicas tales como la alimentación, la educación, la salud o la vivienda. En tercer lugar, es posible individualizar una posición que asocia la pobreza con una injusta distribución de la riqueza. Estas tres formas de entender el fenómeno de la pobreza creen encontrar en el reconocimiento de diferentes derechos, los argumentos necesarios para exigir cambios en las políticas públicas y se relacionan con diferentes modos de entender cuáles son las obligaciones estatales respecto de aquellas personas que se encuentran en condición de pobreza.

De este modo, aquellos que relacionan la pobreza con la consiguiente limitación inadmisibles de la autonomía personal o la libertad individual requerirán del Estado acciones tendientes a evitar o compensar esa pérdida de autonomía. Propuestas tales como la asignación de un monto de dinero a cada individuo desde su infancia y hasta la mayoría de edad a modo de darle a todos las mismas oportunidades de desarrollar su autonomía se inscriben en esta primera postura. Por su parte, aquellos que consideran que la

5. Parte de esta sección reproduce conceptos y desarrollos publicados en Saba, Roberto, *Pobreza, derechos y desigualdad estructural*, Colección Equidad de género y democracia, Cuaderno Número 3, Publicación conjunta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) y el Instituto Electoral del Distrito Federal de México, 2012.

6. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.



pobreza es un obstáculo central para el acceso a ciertos bienes o servicios básicos ven en los derechos sociales el fundamento más eficaz para exigir al Estado el aseguramiento de ese acceso a la salud, la vivienda, la educación o la alimentación básicas. Escuelas públicas gratuitas, proyectos de viviendas sociales, servicio de salud gratuita y programas de subsidios a la compra de alimentos, por ejemplo, son modos posibles de asegurar, desde el Estado, esos derechos cuyo ejercicio les estaría vedado a los más pobres. Finalmente, aquellos que consideran injusta la enorme distancia que existe en América Latina entre los que más tienen y los que menos tienen, encuentran en el principio de igualdad el fundamento de sus reclamos a favor de una mejor distribución de la riqueza.

Las tres perspectivas del problema de la pobreza, su relación con los derechos humanos y las vías para lograr el efectivo respeto y ejercicio de estos últimos son correctas y tienen mucho sentido en regiones como América Latina. Poco asidero tendría afirmar que los habitantes de sus países son libres y autónomos, capaces de diseñar sus planes de vida, si carecen de la posibilidad de concretar el más conservador de los sueños o el menos ambicioso de esos planes. La inexistencia de obstáculos formales, como por ejemplo los legales, para diseñar e implementar un plan de vida, no es suficiente para que una persona ejerza su autonomía. Por ese motivo, es clara la necesidad de articular argumentos tendientes a justificar intervenciones activas del Estado para asegurar esa autonomía y no solo requerir la inacción del Estado de modo que este no se interponga entre la voluntad de una persona y la efectiva posibilidad de desarrollar su plan de vida.

También es cierto que la condición de pobreza impide a una enorme cantidad de personas de América Latina acceder a los bienes y servicios más básicos para el desarrollo de una vida digna y de la propia autonomía. De hecho, fue esa convicción la que llevó al reconocimiento legal, constitucional y del derecho internacional de los denominados derechos económicos y sociales. Más allá de las posiciones ideológicas que se abracen, existe un consenso generalizado de todo el espectro ideológico, de derecha a izquierda, respecto de la necesidad de reducir los escandalosos índices de pobreza en la región. El pensamiento más conservador o de derecha propone generalmente lograrlo por medio de políticas de liberalización de la economía que aspiran a que una vez que aumente la riqueza total de una nación, ella se “derrame” sobre los que menos tienen por medio, por ejemplo, de la generación de empleo. La izquierda, por su parte, aspira a alcanzar la meta por medio de una expansión del Estado de Bienestar. Ambos proyectos parecen centrar su atención en la necesidad de desarrollar políticas económicas que reduzcan la cantidad de pobres por una u otra vía. Sin embargo, mientras las posiciones más libertarias no vinculan esas políticas con el reconocimiento de derechos, las posiciones de tendencia socialdemócrata atan la implementación de políticas anti-pobreza con la necesidad de que el Estado asegure el ejercicio de los denominados derechos sociales.⁷ Hoy ya son múltiples las Constituciones de la región que reconocen estos derechos, así como

7. Paramio, Ludolfo, *La socialdemocracia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 37.



los tratados internacionales que casi todas las naciones de América Latina han suscripto. Por ello, no se encuentra hoy en debate la existencia o el reconocimiento de estos derechos, sino la modalidad del deber de efectivo cumplimiento de los Estados en el sentido de si estos deben asegurar su ejercicio inmediatamente o en forma progresiva.⁸ También, y en relación con esa discusión, existen grandes tensiones entre los poderes políticos y quienes imparten justicia debido a que no termina de conformarse una teoría clara del control judicial de constitucionalidad que permita delimitar cuál es el alcance y los efectos de un reclamo por esos derechos ante los tribunales.⁹ Estos dos debates, el referido a la modalidad de cumplimiento de las obligaciones del Estado y el relacionado con el rol que deben tener los tribunales frente al incumplimiento, afectan el modo en que entendemos o deberíamos entender el vínculo que existe o debería existir entre las políticas que buscan reducir la pobreza y el reconocimiento de algunos derechos por parte de nuestras constituciones y los tratados internacionales.

En suma, el vínculo entre pobreza y derechos se establece, generalmente, en la literatura, en el discurso político y en algunas pocas decisiones judiciales, en torno al supuesto de que para terminar con la primera es necesario responder al imperativo de acceder a niveles mínimos de alimentación, vivienda, educación o incluso trabajo. Los derechos económicos y sociales, reconocidos en varias Constituciones de América Latina y en tratados internacionales suscriptos por la mayoría de los países de la región, como por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reflejan aquel imperativo, cuya justificación es objeto de debate. Por un lado, hay quienes los fundan en su carácter instrumental para poder acceder a otros derechos,¹⁰ mientras que, por otra parte, hay quienes los justifican en su valor intrínseco como parte de una noción expandida de libertad y autonomía.¹¹ También existen teorías que, al considerar insuficientes o poco convincentes ambos enfoques, proponen una tesis según la cual los derechos económicos y sociales se justifican en el concepto de autonomía social.¹²

Por último, resulta para muchos sumamente injusto que mientras algunas pocas personas poseen grandes riquezas, la mayoría abrumadora de la población carece de los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades más básicas. Esta noción de injusticia se asocia generalmente a un tipo de desigualdad económica que también busca respaldo en el lenguaje de los derechos humanos. América Latina, en este sentido, es la región más desigual del planeta, y ello parece exigir acciones estatales tendientes a reducir esa

8. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

9. Ídem.

10. Ver Kreide, Regina, "Neglected Injustice: Poverty as a Violation of Social Autonomy", en Thomas Pogge (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right. Who owes what to the very poor?*, Oxford University Press, 2007, p. 159.

11. *Ibidem*, pp. 160-161.

12. *Ibidem*, pp. 162-165.



brecha entre los más ricos y los más pobres. La situación ha mejorado en la última década o década y media en la mayoría de estos países,¹³ pero los números siguen siendo la expresión de una situación dramática para millones de personas, incluso cuando muchos de estos países han experimentado en los últimos lustros crecimientos sumamente inusuales en el resto del mundo y en forma sostenida. Por otra parte, el crecimiento del PIB (Producto Interno Bruto) no ha encontrado como correlato en los países de la región una mejor distribución de la riqueza creciente. El GINI, índice que muestra la distancia que existe entre aquellos que más tienen y los que menos tienen, no solo no arroja el dato de una reducción de esa brecha, sino de una ampliación de la misma.¹⁴

Si bien estas tres posturas –la de la expansión de la autonomía, la de la protección de los derechos sociales y la de la concreción de la justicia social– se apoyan en argumentos y datos sólidos, creo que ellas soslayan, o al menos no asignan el énfasis que se considera necesario, a una consecuencia fundamental y altamente perniciosa de una clase particular de pobreza que tiene relación con un tipo de trato desigual que, entiendo, se opone al reconocimiento del derecho a la igualdad de trato que todas las constituciones de la región, así como el derecho internacional suscrito por la mayoría de los países de esa parte del planeta, reconocen. Me refiero al modo en que la pobreza puede ser la causa de la generación de un sistema de castas repugnante a una cierta noción de igualdad que llamaré igualdad como no-sometimiento. En este sentido, no intentaré en este trabajo proponer una teoría alternativa a las mencionadas respecto de la relación entre pobreza y derechos, sino un enfoque diferente que, en principio, no es contradictorio con ninguno de los enfoques expuestos, sino que se encuentra fundado en un aspecto que las aproximaciones mencionadas parecen soslayar: me refiero a la obligación constitucional y del derecho internacional de que los Estados y los particulares honren el principio de igualdad y, específicamente, la noción de igualdad que la caracteriza como asociada al principio de no-sometimiento o no-subordinación, en lugar de aquella que la construye como correlato del ideal de no-discriminación.¹⁵

Es cierto que es posible, y frecuente, articular una justificación de los derechos económicos y sociales fundada en una cierta idea de igualdad, en el sentido de que todas las personas, en virtud del derecho a recibir niveles mínimos e imprescindibles de alimen-

13. Krugman, Paul, “Putting the GINI back in the bottle”, en *The New York Times*, <http://krugman.blogs.nytimes.com/2012/04/11/putting-the-gini-back-in-the-bottle/>. Ver también Cornia, Giovanni Andrea, *WP/09 Inequality Trends and their Determinants: Latin America over 1990-2010*, United Nations University, enero de 2012, en http://www.wider.unu.edu/publications/working-papers/2012/en_GB/wp2012-009/

14. Ver Alegre, Marcelo, “Extreme Poverty and Extreme Wealth: What Justice Demands Today”, en Thomas Pogge (ed.), op. cit., p. 237.

15. Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007. Ver también Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, en Marshall Cohen, Thomas Nagel y Thomas Scanlon (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1977, p. 84.



tación, educación, vivienda, salud y trabajo, deben ser tratadas como iguales respecto de poder *efectivamente* acceder a esos bienes, lo cual genera obligaciones positivas por parte del Estado.¹⁶ Sin embargo, esta noción de igualdad como piso mínimo de ingresos o de satisfacción de necesidades básicas, margina un elemento que está presente en la noción de igualdad entendida como no-sometimiento o no-subordinación y que implica que ninguna persona, por pertenecer a un cierto grupo o clase, puede recibir un trato peor que el que reciben otras personas o el resto de la comunidad política, pues ese trato implica una situación de sometimiento del grupo afectado que es incompatible con el imperativo de la igualdad que exige una democracia liberal.¹⁷

Se entiende que esta idea de igualdad aporta un argumento potente respecto del derecho que tienen las personas a no sufrir los efectos de *ser pobres en un sentido estructural* y, en consecuencia, justifica la demanda de obligaciones estatales respecto de aquellos que se encuentran en esa situación para sacarlos de ella desmantelando las condiciones que los colocaron en esa posición en primer lugar. A diferencia de la noción de derechos económicos y sociales como instrumentos para el goce de otros derechos, fundar el reclamo dirigido al Estado en el compromiso de la comunidad política con la igualdad como no-sometimiento, convierte esa demanda en un valor en sí mismo y no en un medio para lograr otros fines. El problema de instrumentalizar la demanda por el acceso al goce de ciertos bienes como los vinculados con los derechos económicos y sociales es que ella se ve debilitada por argumentos que demuestren la falta de relación entre ellos y los fines buscados o la existencia de otros instrumentos supuestamente más eficaces, como políticas “solidarias” o subsidios entendidos como dádivas, y no como derechos valiosos en sí mismos. Por otro lado, a diferencia de la noción de los derechos económicos y sociales como expresión de una concepción expandida de libertad, la fundamentación del carácter compulsivo de las obligaciones estatales de acción sobre las condiciones que generan una casta de pobres estructurales ofrece, a la vez, un tipo de obligación ineludible y un límite a esa obligación, estableciendo una distinción entre los deberes del Estado respecto de pobres estructurales y respecto de aquellas personas que se encuentran en situación de pobreza no estructural.

En síntesis, considero que existe una fundamentación basada en la noción de desigualdad estructural para establecer la existencia de derechos por parte de aquellas personas que se encuentran en situación de pobreza estructural, a la vez que aspira a justificar la existencia de obligaciones por parte del Estado respecto de esas personas. Para ello, creo que es preciso articular, en primer lugar, las características distintivas del concepto de desigualdad estructural o de igualdad como no sometimiento. Luego, definir aquello que se denomina pobreza estructural y sus manifestaciones y, finalmente,

16. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

17. Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, op. cit. Ver también Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, op. cit., p. 84.



señalar qué tipo de obligaciones tiene el Estado como producto de esa concepción de igualdad al diseñar políticas públicas, así como el tipo de decisiones que quienes imparten justicia podrían adoptar al ejercer el control de constitucionalidad en situaciones de desigualdad estructural provocada por condiciones de pobreza estructural. Estos argumentos nos permitirán asignar un contexto conceptual a la decisión de la Cámara de Apelaciones en el caso cuyo análisis nos ocupa.

II. CASTAS, DESIGUALDAD ESTRUCTURAL Y LA IGUALDAD COMO NO-SOMETIMIENTO¹⁸

Discriminar es hacer distinciones.¹⁹ Es trazar una línea que permite distinguir grupos de personas a las que se tratará de un modo diferente en función de algún criterio. Ese criterio, que determina por dónde pasa la línea clasificatoria, puede ser una conducta (como las diferencias en el trato que establece el Código Penal entre personas que comenten ciertos delitos y aquellas que no los llevan a cabo, con miras a aplicar sanciones a las primeras y no a las segundas), una capacidad o habilidad (saber manejar un vehículo nos hace merecedores de una licencia de conducir, mientras que aquellos que no posean esa habilidad o conocimiento no obtendrán el permiso), o un rasgo de la personalidad (ser simpático para la audiencia televisiva nos puede hacer elegibles para conducir el noticiero del canal estatal, mientras otras personas que no posean esa cualidad no lo lograrán). Nadie objeta que el Estado tiene la facultad de tratar a las personas de un modo diferente basándose en algunos criterios, categorías o requisitos. Como sucede con toda facultad legalmente reconocida, el Estado debe respetar ciertos límites en el ejercicio de su poder para trazar esas líneas que justifican los tratos diferenciados prescritos por la ley, producto de prácticas del gobierno o de prácticas y acciones de los

18. Esta sección reproduce, en parte, los argumentos que ya desarrollé en Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, op. cit.

19. La Corte Interamericana de Derechos Humanos diferencia entre “distinguir” y “discriminar”. Respecto del primero, señala que “se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará (...) para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable (...). La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas (...) una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho (...) no solo debe buscar un fin legítimo (...) el art. 14 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo (...) no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente (...). De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de las normas, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, puntos 82 al 96. Esta diferencia entre “distinguir” y “discriminar”, pese a que el uso de las palabras es diferente, no se distingue de la que aquí propongo pese a que creo que discriminar es siempre hacer distinciones.



particulares reguladas (permitidas o prohibidas) desde el poder estatal. Detectar por qué la distinción que hace el Estado en un caso concreto es un trato diferente constitucionalmente prohibido es una tarea compleja, sobre todo cuando las normas constitucionales o de derecho internacional que establecen la protección de la igualdad ante la ley se expresan en un lenguaje abierto, como sucede, por ejemplo, con el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando establece que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” o con el artículo 16 de la Constitución Nacional al fijar que “todos los habitantes son iguales ante la ley”.

Esta inevitable indeterminación radical del texto normativo²⁰ requiere de ser precisada por medio de su interpretación para que la norma que él expresa pueda ser aplicada. Algunos tribunales y autores han interpretado que el principio de igualdad se asocia al rechazo de tratos arbitrarios, por lo que se exige que el criterio escogido por el Estado para hacer distinciones válidas, o constitucionales, (en actos propios o en regulaciones que obliguen a particulares), debe guardar una relación de funcionalidad con el fin buscado al realizar esa acción o al establecer la regulación. En otras palabras, este enfoque opta por escoger como *principio intermediario*²¹ rector entre el texto constitucional y la interpretación judicial al principio de igualdad como no discriminación, entendido como la exigencia de que los tratos diferentes, para ser consistentes con el principio de igualdad, deben ser *razonables* o *no arbitrarios*.²²

El principio de no discriminación entiende que la obligación constitucional de trato igual está guiada exclusivamente por la correcta relación entre medios y fines, una relación que algunos autores llaman de *funcionalidad*.²³ El problema es que el principio de no discriminación, que asocia el ideal de la igualdad con el del trato no arbitrario, no refleja correctamente la aspiración igualitaria de la mayoría de las Constituciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos que establecen el derecho a la igualdad ante la ley, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.²⁴

20. Sobre la idea del concepto de indeterminación radical del texto normativo ver Nino, Carlos, *La constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1997, p. 30 y ss.

21. Un “principio intermediario”, concepto acuñado por el Profesor Owen Fiss, es aquel que se yergue entre los jueces que deben aplicar la Constitución y el texto constitucional, a fin de dar significado y contenido al ideal establecido en ese texto. Ver Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, op. cit., p. 84. Ver también, Saba, Roberto, “(Des) igualdad estructural”, op. cit.

22. Ver Montalvo Romero, Josefa, op. cit., p. 231. Ver también Soberanes Fernández, José Luis, “Igualdad, Discriminación y Tolerancia en México”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Número 22, Enero-Junio, 2010, p. 262.

23. Post, Robert C., “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, en Robert C. Post *et al.*, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Durham, Duke University Press, 2003, p. 18.

24. Artículo 75.23 de la Constitución Nacional Argentina incorporado en la reforma llevada a cabo en 1994.



El principio de no discriminación y el principio de razonabilidad que lleva implícito, entendido como expresión de la relación de funcionalidad entre medios y fines, no considera relevante tomar en cuenta la situación que afecta *de hecho* a aquellas personas que forman parte de ciertos grupos que han sido histórica y sistemáticamente excluidos de ámbitos tales como el mercado laboral, la actividad política, la educación universitaria o de calidad superior, o de los más básicos servicios públicos por el solo hecho de ser miembros de ese grupo. Dicho en otras palabras, el principio de no-discriminación o de no-arbitrariedad (o de razonabilidad, o de relación medio-fin) lejos de ser incorrecto, es relevante solo si se presume que se dan ciertas condiciones de igualdad de oportunidades y de no sometimiento (en el sentido de trato desigual grupal histórico, sistemático y, por ello, estructural) de algunos grupos. Si no se dan estas condiciones, el principio de no discriminación “llega tarde” y puede ser un excelente instrumento, a menudo utilizado sin conciencia de sus efectos, para la perpetuación y reforzamiento de aquellas prácticas que generan situaciones de desigualdad estructural.

El objeto de las normas protectoras de la igualdad entendida como garantía contra la arbitrariedad del Estado y desde una interpretación individualista de las cláusulas constitucionales protectoras de la igualdad es el de intentar evitar que el sujeto que hace la distinción justificada, ya sea el Estado o un particular (sometido a regulaciones estatales), omita considerar toda característica del sujeto cuyo trato igual se aspira a proteger que no sea relevante para la efectivización del trato diferente justificado. De este modo, se busca evitar el prejuicio y la selección de personas sobre la base de criterios ajenos a los estrictamente funcionales. El principio de no discriminación (construido sobre el estándar de razonabilidad) se funda en la idea de que la ignorancia o la capacidad de ignorar aquellas condiciones irrelevantes para el fin de la selección o de la regulación, aseguran su neutralidad en la toma de decisiones. La misma idea de un derecho ciego a las diferencias, imagen que se asocia a la idea de una justicia ciega canónicamente representada como una mujer con sus ojos vendados, se apoya sobre esta noción de razonabilidad y perfecta relación de medio y fin.²⁵ Se exige, entonces, la completa ignorancia de las diferencias irrelevantes y de la carencia de prejuicios que permite evaluar a los candidatos y candidatas solo sobre la base de sus aptitudes o idoneidad.²⁶

Existe otra forma de entender el mandato constitucional de evitar tratos desiguales y ella se refiere a la idea de igualdad como no-sometimiento, no-subordinación o no-exclusión. Para esta visión de la igualdad, lo que sucede *de hecho* antes del momento de la selección ciega, es un dato para nada irrelevante. Todo lo contrario. Ese es exactamente el dato de mayor relevancia contra cuyas causas y efectos se articula el principio de

25. Ver Jay, Martin, “Must Justice Be Blind? The Challenge of Images to the Law”, en *Law and the Image. The Authority of Art and the Aesthetics of Law*, Costas Douzinas y Lynda Nead (eds.), Chicago, The University of Chicago Press, 1999, p. 19.

26. Post, Robert C., “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, *op. cit.*, p. 18.



igualdad ante la ley (entendido como contrario al sometimiento de un grupo por otro).²⁷ Correr el velo y tratar de modo diferente a las personas de acuerdo con el grupo al que pertenecen, privilegiando, por ejemplo, a las mujeres por sobre los varones en un contexto de exclusión sistemática de las primeras de su participación en ámbitos relevantes de la vida de un individuo –como la política, la educación, la cultura o el mercado–, no solo no sería contrario al principio de igualdad como no sometimiento, sino que sería requerido por este, mientras que ello resultaría muy probablemente inadmisibles desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación. En lo que sería una aparente paradoja, “ser mujer” sería un criterio insostenible para hacer distinciones y desplazar a las mujeres del acceso a ciertas (o a todas las) actividades, como el empleo, al tiempo que sería relevante –y constitucionalmente requerido– para brindarles un trato privilegiado justificado para acceder a esas mismas actividades.²⁸ Sin embargo, la paradoja es solo aparente, pues el criterio no puede ser utilizado para perpetuar situaciones de exclusión y sí debe ser usado para revertirlas y desmantelarlas.

La función regulatoria del Estado, así como el desarrollo de algunas de sus facultades, como por ejemplo la de contratar personal para su planta de empleados, requiere hacer distinciones entre las personas. Esas distinciones se hacen sobre la base de criterios o categorías que identifican grupos de personas con características comunes. El principio de no discriminación limita la discrecionalidad del Estado para hacer esas diferencias y tiende a evitar su arbitrariedad en el ejercicio de sus facultades. Según Owen Fiss, el principio de no discriminación se construye en tres pasos. En primer lugar, reduce el ideal de la igualdad al principio de igualdad de trato (“las situaciones similares deben ser tratadas en forma similar”).²⁹ La Corte Suprema argentina, por citar solo un ejemplo en la región, ha seguido en este punto la tradición interpretativa de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, por ejemplo, en el caso *F. S. Royster Guano Co. v. Virginia*³⁰ (1920), cuando sostuvo que “la clasificación debe ser razonable (*reasonable*), no arbitraria, y debe fundarse la diferencia de trato en una relación justa y sustancial entre ella y el objeto buscado por la legislación, de modo que todas las personas ubicadas en circunstancias similares deben ser tratadas del mismo modo”.³¹

27. Sobre una idea similar crítica del principio de no discriminación y que llama la atención sobre situaciones en las que la discriminación no es el principal mal que un cierto grupo sufre, sino males “más profundos” como la explotación, la marginalización, la pérdida de poder, el imperialismo cultural y la violencia, ver Young, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1990. Ver especialmente el Capítulo 7, “Affirmative Action and the Myth of Merit”, pp. 192-225.

28. Ginsburg, Ruth B., *Constitutional Aspects of Sex-Based Discrimination*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1974, p. 89.

29. Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, op. cit., p. 85.

30. 253 U.S. 412.

31. La traducción es mía.



En segundo término, según Fiss, el principio de no discriminación exige considerar como un hecho aceptable que el Estado haga distinciones, teniendo que tratar a algunas personas de un modo diferente de como trata a otras. Por ejemplo, continúa, el menos controvertido de los Códigos Penales establece distinciones entre las personas sobre la base de sus conductas diferentes.³² De este modo, resulta inevitable e, incluso, justo que se tracen líneas que permitan hacer estas distinciones. La finalidad del principio de no discriminación es identificar qué líneas o distinciones son permisibles. Las únicas distinciones prohibidas, de acuerdo con este principio, son las arbitrarias.³³

El tercer paso está dado por el método que se debe seguir para determinar cuándo la distinción es arbitraria, dado que ello no surge, explícitamente, de la cláusula que establece la protección de la igualdad en la Constitución. El método tiene dos fases: a) la identificación de la discriminación dada por el criterio sobre el cual está basada;³⁴ y b) considerar que la discriminación es arbitraria si el criterio sobre el que está apoyada no se relaciona con el fin o propósito que persigue el Estado.³⁵ La selección de empleados de la administración pública nacional sobre la base de la raza de las personas, por ejemplo, sería una distinción arbitraria y, por lo tanto, inadmisibles, a la luz de las cláusulas de igualdad ante la ley incluidas en constituciones nacionales como la argentina, interpretadas mediante el principio de no discriminación.

La mayoría de los ordenamientos constitucionales de América Latina surgidos en el siglo XIX, así como muchas normas de derecho internacional referidas a la protección de derechos humanos, han nacido, los primeros más que las segundas, bajo la marcada influencia de una concepción clásica de libertades civiles de corte liberal, caracterizada por una visión individualista de los derechos, por una noción de neutralidad de la ley marcada por el presupuesto de que ella debe ser ciega respecto de aquellos a quienes se aplica, y por una concepción del Estado como enemigo de la libertad.³⁶ Ambos ordenamientos, sin embargo, han sido testigos del paulatino reconocimiento de situaciones en las cuales esa visión de los derechos, esa noción de neutralidad de la ley y esa concepción del Estado, resultaban inapropiados para tratar a algunos grupos específicos –como por ejemplo, mujeres e indígenas– del modo que exigían concepciones muy extendidas de justicia y, tributariamente, de igualdad. Los tribunales, por su parte, tanto a nivel nacional como internacional, han ido corrigiendo una antigua concepción de igualdad que,

32. Fiss, Owen, "Groups and the Equal Protection Clause", op. cit., p. 86.

33. Ídem.

34. En el caso de México, por ejemplo, los factores prohibidos de discriminación están descritos de manera enunciativa y no limitativa en el artículo primero constitucional.

35. Ídem.

36. Berlin, Isaiah, "Dos conceptos de libertad", en su libro *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad, 1993, p. 195.



sin resultar equivocada, era insuficiente para encarar tratos desiguales estructurales y conducentes a la cristalización de verdaderas castas.

La interpretación del principio de igualdad que entiende que este requería que el Estado evitara tratos desiguales irrazonables apoyándose en una visión de la igualdad asociada al denominado principio de no-discriminación, compite con la noción de igualdad que la asocia a la exigencia de dismantelar situaciones de sometimiento de grupos. El principio de no-discriminación³⁷ establece que la igualdad de trato ante la ley se encontrará violada siempre que no sea posible superar el test de razonabilidad; se asocia con una visión individualista de la igualdad ante la ley que establece la posibilidad de hacer distinciones basadas en criterios razonables, y tiene por objeto impedir que las decisiones estatales y de particulares se realicen sobre la base de prejuicios y visiones estigmatizantes de grupos de personas. El objeto de las cláusulas constitucionales que prohíben las distinciones con base en ciertos criterios, entendidos desde esta perspectiva, aspira a que las personas sean tratadas de modo que solo sea relevante su capacidad para cumplir con el objeto que busca la regulación o contratación en cuestión. El Estado y los particulares deben ser ciegos a las características de nacimiento, físicas, o de otro tipo que no resulten de relevancia para los fines de la actividad que la persona en cuestión aspira a realizar (por ejemplo, acceder a un empleo público o privado).

Esta perspectiva acerca de cómo entender la igualdad constitucional debe ser revisada porque existen grupos de personas cuyos integrantes pueden merecer un trato especial por el hecho de ser parte de esos grupos; y, en segundo término, porque algunos grupos de personas merecen un trato diferente del Estado, el cual debe apuntar a dismantelar aquellas condiciones que los constituyeron en –y mantienen como– una casta o grupo sistemática e históricamente tratado de modo excluyente, sin oportunidad de que sus integrantes realicen su autonomía. Estas dos ideas impactan sobre la noción misma de igualdad demandando de ella, primero, que abandone, al menos en estos casos, la noción de neutralidad que la obligaba a no hacer distinciones entre las personas –representada en la iconografía por la ceguera de la ley– y, consecuentemente, que no solo se observe la razonabilidad del criterio escogido para hacer distinciones, sino las situaciones de hecho que, pese a existir criterios razonables, producen efectos que cristalizan la exclusión del grupo y lo convierten en una casta. Esta noción de igualdad es la que la doctrina identifica con el principio de igualdad como no-sometimiento.³⁸

37. Fiss, Owen, *Una comunidad de iguales*, Buenos Aires, Miño y Ávila, 2002. Traducido del inglés por Raúl M. Mejía del original *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans*, Boston, Beacon Press, 1999, pp. 3-29.

38. Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, op. cit.



Como consecuencia de estas críticas que podrían hacerse a la concepción individualista de la igualdad, autores como Fiss,³⁹ Post,⁴⁰ Siegel⁴¹ o MacKinnon,⁴² entre otros, proponen, entonces, una versión del principio de igualdad que Fiss asocia con una concepción *estructural*, y que se relaciona con lo que Post llama una versión *sociológica* de la igualdad. Para Fiss, “el principio de no-discriminación encierra una concepción muy limitada de igualdad... [y por ese motivo se propone] delinear otro principio intermedio –el principio del grupo desaventajado– que tenga un buen, si no mejor, argumento para representar el ideal de la igualdad, un principio que dé mejor cuenta de la realidad social, y que haga foco más claramente en las cuestiones sobre las que es preciso decidir en los casos de igual protección de la ley”.⁴³ Esta concepción del principio de igualdad de trato que presupone la existencia de tratos desiguales estructurales surgidos a partir de la ley o de prácticas de particulares, no considera como determinante la irrazonabilidad (funcional o instrumental) del criterio escogido para realizar la distinción, sino que entiende que lo que la igualdad ante la ley persigue es el objetivo de evitar la constitución y establecimiento de grupos *sometidos, excluidos o sojuzgados* por otros grupos. Para estos autores, existe una contradicción entre aquello que el principio de igualdad reclama y la cristalización de castas o grupos considerados parias, condición que adquieren como consecuencia de una práctica sistemática de exclusión social, económica y, sobre todo, política. Según esta perspectiva, evitar la cristalización de un grupo excluido, sometido o sojuzgado⁴⁴ es lo que fundamenta el establecimiento del principio de igualdad ante la ley.

Esta concepción de la igualdad ante la ley encuentra fundamento en argumentos elaborados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, particularmente, a partir de la opinión del juez Brennan en casos tales como *Plyler v. Doe*⁴⁵ (1982), en el que se encontraba en debate la existencia de un derecho a la provisión mínima de recursos educativos. En 1975, el Congreso del estado de Texas modificó su legislación en materia educativa autorizando a las escuelas a negar la inscripción en ellas de niños y niñas que no hubieran ingresado legalmente a los Estados Unidos. El caso consistía en una acción de clase en la que se exigía la declaración de inconstitucionalidad de la ley de Texas ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. El argumento de la defensa se centró en que la Enmienda XIV establece “que ningún Estado (...) negará *a ninguna persona*

39. Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, volumen 5, 1976, p. 107.

40. Post, Robert C., “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, op. cit., pp. 1-53.

41. Siegel, Reva B., “Discrimination in the Eyes of the Law: How “Color Blindness” Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification”, en Robert C. Post *et al.*, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, op. cit., pp. 99-152.

42. MacKinnon, Catharine A., *Sexual Harassment of Working Women*, New Haven, Yale University Press, 1979, pp. 102-103.

43. Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, op. cit., p. 107.

44. Fiss los denomina “castas”, Owen Fiss, *A Community of Equals*, op. cit., p. 12.

45. 457 U.S. 202.



bajo su jurisdicción una protección igual de las leyes” (una cláusula sumamente emparentada con la idea de “igualdad de trato ante la ley” y en que, debido a su estatus legal en materia inmigratoria, los que hubieran ingresado ilegalmente a los Estados Unidos no eran, estrictamente, “personas bajo su jurisdicción”). Brennan se opuso a este argumento y sostuvo que más allá del estatus que tengan estos inmigrantes de acuerdo con las leyes de migraciones, ellos “son claramente ‘personas’ en el sentido más ordinario del término”. Así, Brennan desarrolla con claridad una interpretación de la Enmienda XIV fundada en una visión de la igualdad ante la ley similar a la idea de igualdad como no sometimiento, que persigue impedir la cristalización de grupos excluidos que se constituyan como “castas” o “parias” sociales:

“la más completa incapacidad o la aplicación laxa de las leyes que impiden el ingreso ilegal a este país, acompañadas del fracaso en establecer una barrera efectiva al empleo de inmigrantes indocumentados, ha resultado en la creación de una significativa ‘población en las sombras’ (*shadow population*) de inmigrantes ilegales—que llega a ser de millones— dentro de nuestras fronteras. Esta situación levanta el espectro de una *casta permanente* de residentes indocumentados, alentados por algunos a permanecer aquí como fuerza de trabajo barata, pero negándoseles los beneficios que nuestra sociedad pone a disposición de los ciudadanos y residentes legales. La existencia de este grupo marginado (*underclass*) representa uno de sus problemas más complejos para una Nación que se enorgullece por su adhesión al principio de igualdad ante la ley”.⁴⁶

Los demandantes en este caso no eran los padres ilegales, sino los niños y niñas que, por la ley de Texas, resultaban afectados por la decisión de sus padres de ingresar ilegalmente a los Estados Unidos. Brennan agrega mayor definición a lo que es para él este particular grupo de “marginados”, cuando sostiene, citando *Trimble v. Gordon*⁴⁷ (1977), que estos niños “no tienen la posibilidad de influir en la conducta de sus padres, así como tampoco en su propio estatus (...) utilizar la responsabilidad de la conducta ilegal de los padres contra sus hijos no se condice con las concepciones más fundamentales de justicia”.⁴⁸ De esta última afirmación se podría desprender un rasgo adicional que permitiría identificar a este grupo marginado, y que podría estar dado por su falta de responsabilidad respecto de su propia situación, por encontrarse este en la situación en la que se halla (en este caso, los niños no son responsables por una situación que encuentra su raíz en la decisión de sus padres de ingresar ilegalmente a un país), o su contracara, es decir, la ausencia de la posibilidad de influir sobre la decisión o la conducta de aquellos que los condujeran a la situación en la que se encuentran.

46. La traducción y el énfasis son míos.

47. 430 U.S. 762, 770.

48. Ídem. La traducción y el énfasis son míos.



MacKinnon, siguiendo a Fiss, sostiene, en referencia al acoso sexual contra las mujeres trabajadoras,⁴⁹ que “la posición social de las mujeres tiene un lugar particular en el análisis de la desigualdad, mientras que *no lo tiene* en el análisis de la diferenciación arbitraria. Desde esta perspectiva, la prohibición de la discriminación por sexo aspira a *eliminar la inferioridad social de un sexo respecto del otro, y a desmantelar la estructura social que mantiene una serie de prácticas que se acumulan, en términos de Owen Fiss, sobre las mujeres ‘desaventajadas’*.”⁵⁰ Fiss y MacKinnon rechazan la versión de la igualdad asociada a la idea de no discriminación por no incorporar el “dato” sociológico de la situación social de las mujeres como grupo desplazado por otro grupo. La versión de la igualdad estructural no se adhiere solo y exclusivamente a la idea de no discriminación (entendida como trato no arbitrario fundado en prejuicios), sino a un trato segregacionista y excluyente tendiente a consolidar una situación de grupo marginado (la casta o *underclass*). La idea de igualdad como no sometimiento no se opone al ideal de no arbitrariedad que subyace a la idea de igualdad como no discriminación, sino que lo concibe como insuficiente o incompleto.

Diversas normas constitucionales de países de América Latina han reconocido esta concepción de la igualdad como no sometimiento y lo han hecho por medio de la incorporación de la noción de grupos en situación de sojuzgamiento y desigualdad estructural y que, por ello, se hacen merecedores de un trato diferente y preferente que no solo no es incompatible con la idea de igualdad, sino que resulta exigido por ella, siempre que se la entiende desde la perspectiva de la concepción de igualdad como no sometimiento. También se han sancionado en la región normas de nivel constitucional y legislativo que reconocen esta concepción de la igualdad. En este sentido se puede citar el artículo 75.23 de la Constitución de Argentina, que en un sentido similar, prescribe que le corresponderá al Congreso:

“23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

49. Ver *supra* nota 35.

50. *Ibidem*, p. 103. La traducción y el énfasis son míos.



III. LA POBLACIÓN DE LAS VILLAS COMO GRUPO SUBORDINADO

Diferentes causas conducen a que una persona sea pobre o indigente. Esas causas determinan el tipo de pobreza que esa persona sufre, y cada tipo de pobreza requiere un tratamiento distinto y una reacción estatal diversa. De los muchos tipos de pobreza que podemos identificar en relación a sus causas, hay uno en particular que resulta determinante para la conformación de una casta, pues ello pone de manifiesto la afectación del principio de igualdad como no-sometimiento expresado en normas constitucionales y de derecho internacional tal como lo ilustré en la sección anterior de este ensayo. Si fuera posible establecer un vínculo entre un tipo particular de pobreza y la afectación consiguiente del derecho a ser tratado igual, entonces estaríamos ante un argumento capaz de justificar la responsabilidad constitucional o de derecho internacional del Estado de dismantelar las causas que llevan a esa afectación. Determinar en qué condiciones las personas que son víctimas de un tipo de pobreza que podemos llamar estructural constituyen un grupo sometido o sojuzgado –en el sentido que Fiss describe–, lo cual los coloca en situación de ver afectado su derecho a la igualdad, conllevaría a la identificación de obligaciones de hacer a cargo del Estado y tendientes a dismantelar aquellas condiciones. Para ello, es necesario determinar si las personas que sufren este tipo particular de pobreza son un grupo sometido y cuáles son los factores que llevan a ese grupo de personas a convertirse en una casta subordinada. A fin de articular este argumento, es preciso: a) determinar de qué tipo de pobreza estamos hablando; b) si las personas que se encuentran en condición de (ese tipo de) pobreza son un grupo en el sentido que requiere la noción de desigualdad estructural; c) cuáles son los factores que indican esa situación de desigualdad; y d) de qué modo el Estado, ya sea el gobierno o los jueces, puede contribuir a dismantelarlos.

El factor que determina el tipo de pobreza que llamaré estructural es, fundamentalmente, su carácter de inevitable por parte de aquella persona que la padece. Esa inevitabilidad podría quedar en evidencia por medio de un aspecto central de este tipo de pobreza y que es el de su transmisión intergeneracional. Aquellas personas que padecen la pobreza estructural no han llegado a asumir esa condición por decisión propia ni por haber tomado decisiones en su vida que, previsiblemente o no, las han colocado en esa situación. Por el contrario, no ha sido la mala suerte, la falta de esfuerzo o la opción por planes de vida contradictorios con lo que el mercado premia lo que ha llevado a esas personas a constituirse en pobres estructurales, sino que las condiciones de su nacimiento son las que determinaron su pertenencia al grupo de pobres estructurales. En suma, el individuo que identificamos como pobre estructural es víctima de un contexto sobre el cual no tiene prácticamente ningún control. *Ser pobre*, en este particular sentido, parece asemejarse (sin ser idéntico) a otros rasgos de la personalidad o de la identidad que las personas no podemos controlar, como la pertenencia a un grupo étnico, la posesión de una determinada condición sexual, la creencia en una determinada religión o en



ninguna, o la pertenencia a un grupo cultural o a una nación. Ser pobre en un sentido estructural sería equivalente, en referencia a la capacidad de control del individuo sobre esa condición, a ser afrodescendiente, ser latino, ser mujer, ser homosexual, ser judío, ser indígena, ser adulto mayor o ser palestino. Si una persona, por ejemplo, como consecuencia de pertenecer a una etnia no encuentra trabajo porque todos aquellos que la podrían contratar son racistas y detestan la etnia a la que esa persona pertenece, entonces ese individuo no puede escapar a su destino no importa qué decisiones tome. En este sentido, la pobreza estructural se diferencia de otros tipos de pobreza que se asocian a opciones de vida desafortunadas o que condujeron a una persona que podría no haber sido pobre a serlo. Es necesario aclarar que no estoy emitiendo aquí ningún juicio respecto de estos últimos tipos de pobreza o acerca de cuáles deberían ser las obligaciones estatales respecto de ese tipo de situaciones, sino que solo estoy distinguiéndolas de aquellas en las que la pobreza que afecta la vida de una persona es de carácter estructural o intergeneracional. Este tipo de pobreza ha sido caracterizado, por ejemplo, por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) cuando se refiere a la necesidad de “romper la reproducción intergeneracional de la pobreza” y evitar que se “perpetú[e] la desigualdad a lo largo de la vida y entre generaciones”.⁵¹ La pobreza que se perpetúa intergeneracionalmente afecta a aquel que la padece más allá de lo que pueda hacer o decidir, lo afecta más allá de su control y lo convierte en miembro de una casta, tal como sucedía con los niños del caso *Plyler* mencionado más arriba, que no podían hacer nada con el *hecho* de ser hijos de padres ilegales, tal como señala el juez Brennan en su voto.

El concepto de desigualdad estructural se apoya sobre la noción de que existe un grupo de personas que constituye una casta, la cual por definición se halla subordinada al resto de la sociedad o a una parte de ella. La identificación de esos grupos requiere de una teoría que establezca aquellos indicadores que lo definen. Fiss lleva a cabo este esfuerzo intelectual y nos dice, en referencia al caso particular de la situación de los afrodescendientes en su país, que:

“En Estados Unidos existen clases naturales o grupos sociales de ese tipo, y el de los afroamericanos es uno de ellos. Ellos son vistos como un grupo; se ven a sí mismos como un grupo, su identidad se encuentra definida, en buena medida, por su pertenencia a tal grupo; su estatus social está vinculado al de su grupo, y gran parte de nuestra manera de actuar, tanto institucional como personal, está basada en este tipo de perspectiva. Utilizo el término ‘grupo’ para referirme a un grupo social, y según entiendo, un grupo social es más que una serie de individuos que, por tomar un ejemplo extremo, se encuentran, por azar, en una esquina, en el mismo momento. Tal como empleo el término, un grupo social tiene otras dos

51. CEPAL, Naciones Unidas, *La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir*, 2010, Trigésimo tercer período de sesiones de la CEPAL, pp. 46 y 195.



características. Por un lado, el grupo constituye una entidad (aunque no implique un cuerpo físico). Esto significa que el grupo tiene una existencia distinta de la de sus miembros, que tienen una identidad propia. Es posible, así, hablar del grupo sin referirse a los miembros particulares que lo componen. Por otro lado, el grupo se distingue por la condición de la interdependencia. Esto es, la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y bienestar del grupo se encuentran interrelacionados. Los miembros del grupo se encuentran interrelacionados. Los miembros del grupo se auto identifican –explican quiénes son– refiriéndose a su condición de miembros del grupo; y su estatus resulta determinado en parte por el estatus del grupo”.⁵²

Fiss reconoce que el concepto de grupo que construye tiene sus complicaciones y aspectos criticables, pero defiende su utilidad como categoría necesaria para su teoría acerca de la igualdad como no-sometimiento que, entiende, es el principio que debe guiar la interpretación de la igualdad constitucional en su país. Fiss agrega, entonces, un par de características más con la intención de adjudicar a los afroamericanos la categoría de grupo:

“La primera es que los afroamericanos se encuentran en una posición socioeconómica muy mala (en términos de bienestar material solo se encuentran detrás de los indios americanos), y además han estado ocupando dicha posición durante siglos. En algún sentido, podría decirse que constituyen, en Norteamérica, una clase inferior permanente. Son estas dos características –la posición ocupada en el grupo, y el tiempo durante el cual el mismo ha ocupado dicha posición– lo que justifica que se defiendan los esfuerzos por mejorar el estatus del grupo. Esta redistribución podría encontrar fundamento en una teoría sobre la compensación –los afroamericanos–, como grupo, fueron situados por otros en dicha posición, por lo que son acreedores a medidas redistributivas destinadas a compensarlos por tal situación. Esta deuda, entonces, es vista como debida por la sociedad, otra vez considerada colectivamente”.⁵³

Sin embargo, Fiss también sostiene que la teoría de la compensación no es necesariamente inevitable, sino que lo relevante es la situación de subordinación del grupo. La perdurabilidad en el tiempo, hacia el pasado o el futuro, tampoco es lo que determina el estatus de subordinado, aunque son factores que contribuyen a identificar la existencia del grupo subordinado. Finalmente, Fiss afirma que “así, los cambios en la estructura jerárquica de la sociedad –la eliminación del sistema de castas– podrían encontrar su

52. Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, en Marshall Cohen, Thomas Nagel, y Thomas Scanlon (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, op. cit., cita de la traducción de Roberto Gargarella, en su libro editado bajo el título *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, 1999, pp. 138-139.

53. *Ibidem*, p. 140.



justificación como formas de a) preservar la paz social; b) mantener la comunidad como una comunidad, esto es, como un todo cohesionado; c) permitir el más pleno desarrollo de los miembros individuales del grupo subordinado, individuos que, de lo contrario, podrían ver su estatus inferior como un techo a sus aspiraciones y logros”.⁵⁴

En esta breve referencia a un marco conceptual relativo a la idea de grupo que resulta necesaria para caracterizar a la desigualdad estructural, se encuentran algunas claves para explorar la posibilidad de asignarle al colectivo de personas pobres estructuralmente el carácter de grupo subordinado y, consecuentemente, concebirlas como depositarias de un derecho constitucional a reclamar al Estado el desmantelamiento total de la “estructura social jerárquica”, o del sistema de castas, que los perjudica en forma persistente generación tras generación. De este modo, se pueden recorrer aquellos elementos que constituyen, según Fiss, al grupo subordinado, para el caso particular de los pobres estructurales. En primer lugar, los pobres estructurales, aquellos que, usando el lenguaje referido de la CEPAL, reciben su condición intergeneracionalmente, son vistos como un grupo por terceros, y en particular por el Estado, que desarrolla políticas públicas dirigidas a ellos. Por otro lado, los miembros del colectivo de personas que identificamos como pobres estructurales se ven a sí mismos como un grupo y su identidad se encuentra definida, en forma relevante, por su pertenencia al grupo. Ello parecería estar indicado por los rasgos culturales del grupo, su música, su arte, sus actividades deportivas, sus medios de comunicación, etc. La concentración territorial del colectivo de pobres estructurales en barrios, como las *villas miseria* en Argentina o las *favelas* en Brasil, por ejemplo, contribuyen a esta conformación de un grupo cultural. Además, el estatus social de cada individuo está vinculado al de su grupo, para bien o para mal. Es conocida la dificultad que tienen los habitantes de aquellos barrios para conseguir trabajo por el solo hecho de habitarlos. Por su parte, la manera de actuar del resto de la sociedad, tanto institucional como personal, está basada en este tipo de perspectiva. De este modo, y sujeto a una serie de demostraciones empíricas cuyos resultados parecen ser previsibles, el grupo de pobres estructurales constituye una entidad con una existencia distinta de la de sus miembros, que tienen una identidad propia. Fiss afirmaba también que el grupo se distingue por la condición de la interdependencia: los miembros del grupo se encuentran interrelacionados, así como la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y bienestar del grupo se encuentran interrelacionados. Esto resulta evidente en el caso de los pobres intergeneracionales. A todos estos rasgos del colectivo de personas en situación de pobreza estructural e intergeneracional, debemos agregar el tiempo transcurrido en que el grupo, es decir, la suma de varias generaciones a través de décadas, ha estado en esa posición de desventaja, lo cual agrega el dato de la *perpetuación* de la condición que el Informe de la CEPAL aludido identifica como un rasgo particular de este tipo de pobreza. Nuevamente, en términos de Fiss, la posición ocupada

54. *Ibidem*, p. 141.



por los miembros del grupo y el tiempo durante el cual esos individuos y su grupo han padecido esa situación de pobreza estructural conduce a justificar la obligación del resto de la sociedad y del Estado de dismantelar las causas que llevaron a, y mantienen, esa situación de subordinación. En resumen, la pobreza estructural limita la posibilidad de elegir libremente el plan de vida a las niñas o niños nacidos en esa condición. Esto pone en evidencia la cristalización de un grupo social que resulta desaventajado por la estructura jerárquica de una sociedad organizada a partir de un verdadero sistema de castas que requiere su dismantelamiento en virtud del principio constitucional y del derecho internacional de igualdad como no-sometimiento.

El debate sobre pobreza en América Latina tiene múltiples enfoques. Se sabe que esta región es la más desigual del planeta, si nos atenemos a la noción de igualdad dada por la brecha que existe entre los ingresos de aquellos que más tienen y aquellos que casi no poseen nada.⁵⁵ También se sabe que la situación de estos últimos es mejor que la de sus pares en África y el sur de Asia.⁵⁶ Sin embargo, la desigualdad a la que se alude aquí está dada por la pertenencia a un grupo que resulta sometido por el resto de la sociedad o por sus grupos más favorecidos. Es preciso aclarar que para ejercer ese poder sobre los semejantes sometidos no es necesario tener la intención de someterlos, sino que alcanza con que exista una casta formada por personas que reciben un trato peor, sistemático, intergeneracional e ineludible por parte del resto de la sociedad. El carácter de “inescapable” de esa condición de sometido, de estar determinado a ser pobre por el solo hecho de pertenecer a la casta, es lo que coloca a esa persona en situación de no poder gozar de la promesa de igualdad que enarbolan las Constituciones liberales de la región y el derecho internacional.

Es necesario resaltar que la condición de pobre estructural coincide muchas veces con otros rasgos de la identidad o de la personalidad que también son característicos de grupos sometidos o sojuzgados, como la etnia o el género, y que, combinados con la pobreza estructural, refuerzan ese carácter de grupo sometido o sojuzgado. Incluso es posible muchas veces asociar ese otro rasgo con una de las causas de la pobreza y, por ende, esta última se constituye en un indicador palmario del sometimiento o el sojuzgamiento. Este es el caso, por ejemplo, de los afrodescendientes en los Estados Unidos donde existe una clara superposición entre aquellas personas que viven en una pobreza profunda, que afecta a familias y generaciones enteras, y aquellas que son de ascendencia africana.⁵⁷ No importa cuánto se esfuercen esos individuos, la etnia a la que pertenecen está determinando su suerte, razón por la cual es necesario que un tercero, en este caso el Estado, regule las relaciones entre las personas y entre las personas y el Estado, con el fin de intentar evitar las consecuencias que esos tratos o políticas racistas tienen sobre

55. Krugman, Paul, “Putting the GINI back in the bottle”, op. cit.

56. Ídem.

57. Fiss, Owen, *A Way Out. America's ghettos and the legacy of racism*, Princeton University Press, 2003, pp. 3-6.



la cristalización de una verdadera casta.⁵⁸ En América Latina, por ejemplo, los indígenas son generalmente pobres. Resulta ingenuo asignar esa relación a una casualidad o a alguna característica propia del grupo en cuestión. Si los indígenas son mayoritariamente, en forma abrumadora, pobres, y esa condición se perpetúa por generaciones, sin que cientos de miles de individuos pertenecientes al grupo tomen ninguna decisión coordinada de permanecer en esa situación de pobreza profunda, entonces debemos deducir que esa situación es producto de factores ajenos a su voluntad y a sus decisiones. Algo similar sucede con las mujeres, quienes, en un número considerable, se convierten en madres y deben abandonar sus empleos o solicitar licencias que implican mayores costos para el empleador. Por ese motivo, muchos prefieren no contratar mujeres, a menos que existan regulaciones que apliquen sanciones u obligaciones resarcitorias a quienes lleven a cabo ese tipo de contrataciones discriminatorias. En suma, este tipo de pobreza estructural, identificada por el carácter colectivo e intergeneracional de aquellos que la padecen y que les convierte en una verdadera casta, es incompatible con la obligación constitucional del Estado de respetar y hacer respetar la igualdad ante la ley que todas las Constituciones de América Latina establecen, así como la Convención Americana de Derechos Humanos y una multiplicidad de normas de derecho internacional.

Es verdad que la conformación, y la consiguiente identificación, de la casta no resulta ser una tarea sencilla. Sin embargo, creo que hay tres situaciones concretas que identifico con efectos meramente enunciativos y no limitativos que podrían permitirnos señalar la existencia de un grupo sometido que se caracteriza por compartir una situación de pobreza estructural. Una es la concentración geográfica de la casta o grupo de personas en espacios donde solo habitan personas igualmente pobres. La segunda, relacionada con la primera, es la dificultad o imposibilidad para acceder a servicios públicos básicos imprescindibles para desarrollar un plan de vida decente y modesto, tales como la seguridad, la educación o la salud. La tercera es la transmisión y perpetuación intergeneracional de situaciones como las que se ponen de manifiesto a través de los dos casos anteriores; es decir, descendientes que no pueden dejar el asentamiento y que padecerán las mismas privaciones que les impedirán escapar de una situación vital a la que están determinados desde el nacimiento. Existe suficiente evidencia empírica de que las personas pobres en muchos países de América Latina se concentran en áreas geográficas determinadas, generalmente en los anillos que rodean a las grandes urbes, en las cuales el Estado está absolutamente ausente. A modo de ejemplo, podemos hacer referencia a un estudio reciente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el que se elabora un denominado “mapa de la seguridad” de la Ciudad de Buenos Aires;⁵⁹ resulta evidente que las zonas en las que se registra un mayor número de víctimas fatales de crímenes violentos coincide con aquellos espacios geográficos en los que se expandieron

58. Ídem.

59. Instituto de Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ver nota en diario *La Nación*, 14 de abril de 2012, p. 2.



los denominados barrios de emergencia o *villas miseria*. Del total de 168 víctimas de homicidios dolosos registrados por la Corte Suprema a fines de 2011, 15 de ellas se hallaron en la Villa 31 (Barrio del Retiro), 15 en la Villa 21-24 (Barrio de Barracas) y 17 en la Villa 1-11-14 (Barrio de Flores). La falta de urbanización de las *villas* priva a sus habitantes de tener un domicilio, lo cual dificulta enormemente o hace imposible ser contratados en un empleo, dada la mayor complicación del empleador para localizar a su empleado en caso de que necesite hacerlo. Los habitantes de estos asentamientos carecen de servicios públicos básicos como agua potable, luz, una adecuada higiene urbana, y gas. En este último caso, por ejemplo, la falta de conectividad a la red de gas natural que provee al resto de los habitantes de la ciudad, los obliga a comprar gas envasado, el cual es más caro y su uso más riesgoso que el del resto de la población. La policía y las ambulancias, como consecuencia de los altos niveles de delincuencia y criminalidad de los que son víctimas los habitantes de la *villa*, muchas veces se niegan a ingresar por temor a sufrir los efectos de esa criminalidad. Si bien no hay estudios estadísticos confiables, en el caso argentino es posible afirmar, con alguna certeza, que las personas que nacen en una *villa* muy difícilmente podrán salir de ella, reproduciéndose, así, generación tras generación la misma situación de pobreza e incapacidad para desarrollar el propio plan de vida.

IV. LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE DESMANTELAR LAS CONDICIONES DE SUBORDINACIÓN DE POBRES ESTRUCTURALES

La situación descrita, que pone en evidencia un verdadero sistema de castas, no es el resultado de una sucesión desafortunada de decisiones de un grupo de personas que, al diseñar sus planes de vida individuales, no tuvieron suerte o no optaron por planes de vida que pudieran evitar que cayeran en esa situación. Ello es la consecuencia de acciones y omisiones estatales que resultan contrarias a su compromiso constitucional y de derecho internacional con el principio de igualdad ante la ley. Si existen mecanismos por medio de los cuales el Estado podría haber evitado la creación y cristalización de la casta a lo largo de generaciones, entonces la omisión de desarrollar esos mecanismos lo coloca en situación de ser responsable por el sometimiento de ese grupo de personas expresado por la imposibilidad sistemática y sistémica, extendida a lo largo del tiempo, de desarrollar libremente sus planes de vida por estar determinados por su pertenencia a una casta. Si esta afirmación fuera cierta, entonces el Estado tendría una obligación constitucional de dismantelar todas aquellas condiciones y estructuras que conducen a la situación de segregación geográfica del grupo y de su sometimiento, traducido en la imposibilidad de que sus integrantes puedan salir, por sus propios medios, de esa situación en la que se encuentran y que no buscaron. A fin de justificar esta responsabilidad estatal, es preciso articular una noción de igualdad que prohíba al Estado realizar acciones o incurrir en omisiones que tengan como consecuencia perpetuar la situación de sometimiento de la casta. En suma, llamamos a esa noción de igualdad, igualdad



como no-sometimiento, y asignamos al Estado responsabilidades constitucionales y de derecho internacional tendientes a dismantelar esa estructura de castas contraria a la igualdad. Son dos, fundamentalmente, los actores estatales que tienen en concreto esta responsabilidad y cuyas acciones deben ser guiadas por los mandatos constitucionales y los compromisos internacionales de los Estados: el Gobierno y el Poder Judicial.

En el caso del gobierno, esos imperativos jurídicos relacionados con el principio de igualdad limitan sus decisiones en materia de políticas públicas. La igualdad ante la ley, establecida en las constituciones nacionales y en el derecho internacional, interpretada como se ha sugerido en este ensayo, en línea con las decisiones jurisprudenciales aludidas, exige del Estado el desarrollo de políticas públicas tendientes a dismantelar aquellas condiciones que perpetúan la situación del grupo que identificamos como el de pobres estructurales. La inexistencia de políticas en este sentido o el desarrollo de políticas negativas que profundizan la situación de subordinación de ese grupo generan, para usar una frase de la Corte Constitucional colombiana, un *estado de cosas inconstitucional*, que requiere cambios urgentes so pena de incurrir en faltas al derecho constitucional e internacional. Son ejemplos de políticas que profundizan el carácter estructural de la pobreza aquellas que no logran asegurar la educación mínima necesaria para salir de la trampa de la pobreza estructural;⁶⁰ los programas que contribuyen a la generación de guetos que determinan otros factores negativos como la dificultad para los miembros del grupo subordinado de encontrar trabajo justamente por provenir de un gueto; políticas que indirectamente contribuyen a la perpetuación de la situación de subordinación, por ejemplo asignando como premio a los docentes escolares con mejor desempeño la posibilidad de elegir libremente las escuelas en las que desean trabajar –generalmente no son aquellas a las que asisten los habitantes del gueto–;⁶¹ políticas de urbanización y parqueización que nunca favorecen a los habitantes de barrios marginales o políticas de construcción de viviendas que cristalizan la conformación de barrios que se constituirán irremediabilmente en nuevos guetos. En síntesis, la obligación constitucional e internacional del Estado en materia de igualdad entendida como no-sometimiento es la de dismantelar todas aquellas condiciones o reglas que perpetúan la desigualdad estructural, en este caso como consecuencia de la pertenencia al colectivo de “personas pobres estructurales”.

En la misma línea, los jueces, como últimos guardianes de los derechos reconocidos en las constituciones y en el derecho internacional, deben exigir al gobierno el dismantelamiento de aquellas políticas que contribuyen a la perpetuación de la situación de subordinación de los pobres estructurales y ordenar, en su lugar, la implementación de políticas tendientes al mismo objetivo. Los jueces han sido reacios durante los dos

60. CEPAL, Naciones Unidas, op. cit., pp. 46 y 195.

61. Asociación por los Derechos Civiles, *Desigualdad en el acceso a la educación*, 2009, http://www.adc.org.ar/sw_seccion.php?id_categoria=8&id=49



últimos siglos en América Latina a asumir este rol de últimos protectores de los derechos de las personas frente a la omisión o la acción estatal, sobre todo en casos de violaciones estructurales de derechos. Una muestra de ello ha sido el poco avance jurisprudencial que se puede percibir en la región respecto del ejercicio efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales, con el agravante de que estos derechos no requieren ni siquiera la determinación de la situación de subordinación de los afectados en tanto grupo. La afectación de la igualdad entendida como no-subordinación requiere de un trabajo más delicado que la aplicación directa de la norma, como en el caso de los derechos sociales, y la identificación de la situación de subordinación de un grupo exige de los jueces un trabajo diferente al que han estado acostumbrados.

V. EL CASO ACIJ Y EL DEBATE SOBRE DESIGUALDAD ESTRUCTURAL EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Volvamos ahora sobre el caso bajo análisis, el voto de las Juezas Díaz y Weinberg se construye sobre la obligación del Estado de brindar a todos los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires un trato igual y “equitativo”, fundado en una noción de igualdad como no-discriminación que compele al GCBA a no hacer diferencias en el modo en que los habitantes de la Villa 20 disfrutan de los efectos de una política de higiene urbana respetuosa de sus derechos a la salud y al goce de un medio ambiente sano. Es correcto sostener que para estas magistradas trato igual no implica trato idéntico, pues ello es justamente lo que exige el principio constitucional de igualdad de trato. Las magistradas afirman, en este sentido, que “no necesariamente se debe condenar al GCBA a implementar un sistema de recolección de residuos en la Villa 20 *en idénticas condiciones* al registrado en las restantes comunas de la Ciudad, pues ello dependerá de que sea la mejor opción para la villa en cuestión, esto es, el mecanismo *más apropiado* para satisfacer, en el caso, los derechos objeto de protección”.⁶² Las magistradas sostienen que lo relevante es dejar en claro que el GCBA tiene la obligación de implementar un mecanismo de recolección de basura que resguarde los derechos en juego, pero que ello no implica que el modo en que se logre ese objetivo deba ser igual en todas las comunas; por ejemplo, que deba el gobierno ocuparse por sí o que deba contratarse a la empresa INTEGRAL UTE para la limpieza de todas las comunas. En este sentido, las juezas agregan que “mientras las diferencias entre los barrios pueden justificar diversas modalidades para instrumentar la recolección, el resultado perseguido no podría variar simplemente en función de aquellas diferencias. Hay una expresión mínima de la obligación a cargo del demandado que no puede ser desconocida. Al margen de la forma bajo la cual el GCBA decida implementar el régimen de recolección –en el caso que nos ocupa por sí o a través de la empresa INTEGRAL UTE– queda fuera de las opciones admisibles aquella que no garantice el resguardo de un ambiente sano, por ejemplo, tanto para evitar la degradación del suelo como la salud

62. El énfasis fue agregado por el autor.



de los habitantes”. Es por ello que las magistradas rechazan como opción remedial la presentación de un plan y enfatizan que, en su lugar, lo que debe ordenársele al GCBA es el “restablecimiento del derecho cuya afectación se ha dado por acreditada” y afirman que “corresponde condenar al demandado a retirar, por completo, como máximo en 24 horas, los residuos arrojados en los puntos de acopio, agregando que no admiten la objeción del GCBA de que esta instrucción viola el principio de legalidad presupuestaria y de división de poderes.

En suma, el eje argumental del voto de Díaz y Weinberg se articula en torno a una noción de trato igual como trato no arbitrario tendiente a asegurar a los habitantes de la Villa 20 el goce de los mismos derechos de los que goza el resto de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires. No se percibe en su voto la identificación de una situación de desventaja estructural en cabeza de los habitantes de la Villa que motive una acción especial del Estado para contribuir a su desmantelamiento. En este punto se aleja del voto mayoritario el suscripto por el Juez Balbín. El debate entre ambos votos respecto de esta medular cuestión sustantiva se localiza en la consideración de lo que parece ser un tema preliminar: la discrepancia entre esos dos enfoques sobre la razón que justifica la legitimación activa de ACIJ para interponer la acción de amparo. Mientras que las magistradas entienden que la procedencia del amparo está justificada en el hecho de que los representados en la demanda de ACIJ son usuarios de servicios públicos –y lo fundan normativamente en la “vigencia de la legitimación expandida” consagrada en el artículo 14, segundo párrafo de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires–, Balbín sostiene, discrepando, que “el objeto de debate aquí es el derecho a la inclusión social y a vivir en condiciones dignas, como manifestaciones propias del principio de autonomía individual”, y rechaza la estrategia de sus colegas por buscar, a través de ella, “reconducir los derechos fundamentales [en juego] *reduciéndolos* a la posición *de simples usuarios de servicios públicos*” en lugar de construirlos como sujetos de derechos fundamentales.⁶³ De este modo, detrás del debate sobre el carácter de derecho colectivo de la demanda, se esconde un profundo intercambio entre los dos votos sobre la noción de igualdad que está en el centro del caso. Mientras para las magistradas Díaz y Weinberg la controversia gira en torno a la correcta y equitativa administración de un servicio público, para Balbín el caso en verdad se refiere al derecho de los habitantes de la Villa 20 a dejar de ser víctimas de una situación de subordinación, con la consiguiente obligación estatal de desmantelar aquellas condiciones que producen esa situación, como por ejemplo la desatención de su situación sanitaria. Mientras las magistradas presentan el caso en torno a la lesión del derecho de los habitantes de la Villa 20 como usuarios discriminados en la provisión de un servicio público, su colega disidente lo interpreta como un caso en el que la desigualdad estructural de la que son víctimas los quejosos, representados por ACIJ, requiere de medidas activas del Estado para abandonar la situación de subordinación.

63. El énfasis fue agregado por el autor.



Balbín articula su argumento sobre la base de dos ideas fuerza. Por un lado, la noción de grupo “*particularmente desprotegido y, por tanto, vulnerable*” que a su vez considera precondición para reconocer el “carácter colectivo del derecho bajo debate”. Por otra parte, también apoya su postura respecto de la afectación de derechos fundamentales –por contraste a la de “simples usuarios de servicios públicos” de sus colegas– en la afectación de la autonomía personal protegida por el principio expresado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, desde que esta norma protege “la posibilidad de cada individuo de elegir y materializar su propio plan de vida”. Así el Juez afirma que la cláusula constitucional “trata, en consecuencia, del reconocimiento a la autodeterminación y su fundamento radica en la dignidad de la persona y el respeto a la libertad personal”. Balbín recurre a este artículo fundamental de la Constitución Nacional no solo para señalar que los habitantes de la Villa 20 son víctimas de una situación estructural que limita sus opciones de plan de vida violando su autonomía personal, sino que ello tiene por consecuencia la activación de responsabilidades del Estado que deberían traducirse en acciones tendientes a dismantelar los obstáculos que producen la situación de subordinación o, como él la llama, de exclusión. En este sentido, afirma que:

“este principio proclama el respeto por la persona e implica un derecho de no interferencia y un deber de no coartar acciones autónomas, y exige, además, la adopción de *comportamientos activos por parte del Estado* que hagan posible la inclusión social y, consecuentemente, el goce de los derechos fundamentales. Este deber de tutela reviste aún mayor relevancia cuando se trata de los miembros de la sociedad que tienen su ámbito de autonomía reducido por razones de exclusión social”.⁶⁴

Las dos nociones, la de grupo particularmente desprotegido y vulnerable, por un lado, y la de autonomía personal reducida por esa misma situación de vulnerabilidad, por el otro, acercan la postura de Balbín a la concepción de la igualdad como principio que ordena la no conformación de grupos subordinados o castas, en el sentido que define Fiss y que mencioné más arriba. De este modo, Balbín afirma que el Estado no solo tiene la obligación de abstenerse de discriminar, sino que debe adoptar posturas activas tendientes a revertir la situación de subordinación. El magistrado remata su argumento afirmando que “el objeto de debate aquí es el derecho a la inclusión social y a vivir en condiciones dignas, como manifestaciones propias del principio de autonomía individual, pues solo así es posible garantizar que cada persona pueda elegir y materializar su propio plan de vida”. Es cierto que el voto de Balbín es minoritario en el fallo de marras, pero su postura se inscribe en una tradición que lo vincula a lo sostenido por el Juez Santiago Petracchi en el caso *González de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba*.⁶⁵ En este se debatía la posibilidad de que el Estado, en este caso a través de

64. El énfasis fue agregado por el autor.

65. CSJN, G. 653-XXXIII, 20 de septiembre de 2000.



la Universidad de Córdoba y del Colegio Monserrat, bajo su órbita, utilizara la categoría del sexo para hacer diferencias en el trato en el proceso de admisión de los ingresantes. Vale aclarar que el Colegio Monserrat durante dos siglos, desde su fundación en el siglo XVIII, no había aceptado mujeres entre sus estudiantes y que, sin embargo, a comienzos de la década de 1990 había revertido esa práctica, pues no había una norma que lo impidiera. No obstante ello, o justamente como consecuencia de ese viraje en la política de admisiones del Colegio universitario, algunos padres de los alumnos varones interpusieron un amparo argumentando que sus hijos ya ingresados tenían un derecho a continuar estudiando en las mismas condiciones en las que habían ingresado, esto es, sin que se admitieran mujeres en el establecimiento educativo. Petracchi, luego de sostener la irrazonabilidad de la utilización del criterio sexo, reclamado por los amparistas, para regir el proceso de admisión, y de defender la necesidad de aplicar una presunción de inconstitucionalidad a la exigencia de cumplimentar con el requisito de ser varón (escrutinio estricto),⁶⁶ afirmó que:

“El exigente estándar de revisión que se aplica a las clasificaciones basadas en el sexo no convierte a aquellas en una categoría totalmente proscrita; pero, sí significa que *las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer*. En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia”.

Nótese que Petracchi, al argumentar que no deben crearse o perpetuarse situaciones de *inferioridad* legal, social y económica de la mujer reconoce, en línea con la noción de casta que conceptualiza Brennan en *Plyler*, que existe un grupo formado por las mujeres que se encuentra en situación de subordinación –dice expresamente “inferioridad”– que afecta el desarrollo que sus miembros deben poder llevar a cabo de sus propios planes de vida autónomos. El magistrado no solo reconoce que la suerte de los miembros del grupo se encuentra determinada por su pertenencia a él –como sostenía Fiss al articular la noción de desigualdad estructural y del principio de igualdad como no subordinación–, sino que reconoce la obligación del Estado de dismantelar las condiciones que hacen posible esa situación de subordinación a través de acciones positivas que sirvan para “compensar” –o revertir– esa condición de casta. En un sentido similar, Balbín reconoce en los habitantes de la Villa 20 una condición de exclusión que afecta la posibilidad de que cada uno de ellos, considerado individualmente, sea capaz de desarrollarse en forma autónoma tal como lo establece el artículo 19 de la Constitución Nacional. Nacer en la Villa 20, o en cualquier villa, determina en gran parte la suerte de sus habitantes. La suerte del miembro del grupo está atada a las condiciones de subordinación del grupo y hay muy poco que esa persona pueda hacer para alterar esa condición estructural, a

66. Ver Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, op. cit.



menos que el Estado intervenga para dismantelar las condiciones de subordinación que condicionan a los miembros del grupo. Tal como sostenía Brennan respecto de la suerte de los hijos de inmigrantes ilegales en los Estados Unidos en los casos *Plyler y Trimble*, quienes no podían influir en las decisiones de sus padres y, por lo tanto, es posible afirmar que el Estado no puede aplicarles a ellos las consecuencias de esas decisiones sin contribuir a la generación de una casta permanente. En igual sentido, el Estado no puede permanecer pasivo frente al hecho de que los habitantes de la villa ven condicionada su autonomía y afectada su igualdad constitucional por causas que están más allá de su control, como es la situación de pobreza estructural a la que están sometidos.

El fallo *Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCABA)*, decidido por la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires en diciembre de 2012, instala un debate necesario sobre el mandato dirigido al Estado de la Ciudad por las Constituciones Nacional y de la Ciudad de Buenos Aires respecto del debido respeto de la igualdad ante la ley, ya no solo en el sentido de su obligación de no discriminar, sino también, y fundamentalmente, respecto de su obligación de revertir las causas que generan situaciones de desigualdad estructural.



14.

**“PÉREZ ESQUIVEL ANDRÉS C/GCBA S/AMPARO
[ART. 14 CCABA]”**

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

**Juzgado de Primera Instancia N° 5, Secretaría N° 10 en lo Contencioso
Administrativo y Tributario de la CABA**

9 de junio de 2014



EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. A PROPÓSITO DEL CASO “PÉREZ ESQUIVEL”

Por Marcela I. Basterra*

SUMARIO

I. Introducción II. El caso “*Pérez Esquivel Andrés c/GCBA sobre amparo (Art. 14 CCABA)*”. II. 1. Breve reseña de los hechos. II. 2. Análisis de la sentencia. III. El acceso a la información pública como derecho fundamental. IV. El derecho de acceso a la información pública desde la normativa. IV. 1. El acceso a la información en la Constitución Nacional. IV. 2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. IV. 3. Decreto Nacional de Acceso a la Información Pública. IV. 4. El marco normativo de la CABA en materia de acceso a la información. IV. 4. 1. Ventajas. IV. 4. 2. Desventajas. V. Características del funcionamiento de la garantía judicial que tutela el derecho de acceso a la información pública. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En forma reciente el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se pronunció en autos “*Pérez Esquivel Andrés c/GCBA s/amparo (Art. 14 CCABA)*”, reconociendo la importancia de la efectividad del acceso a la información pública, en tanto se trata de un derecho fundamental que coadyuva al funcionamiento del sistema democrático.

Sin duda, el derecho de acceso a la información pública –en adelante DAIP– constituye una *conditio sine qua non* de los regímenes republicanos; no existe requisito más actual e importante para alcanzar la credibilidad democrática, que un poder estatal responsable y permeable al escrutinio de los habitantes. Cuanto mayor y más precisa sea la información pública disponible para la comunidad, menor será la discrecionalidad de la burocracia y la probabilidad de que se extienda la corrupción en la administración estatal.¹

* Marcela I. Basterra. Doctora en Derecho (UBA). Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP). Especialista en Derecho Público (UP). Consejera del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Co-Directora Académica del Posgrado de Actualización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional (UBA). Es Profesora de Grado, Posgrado y Doctorado (UBA) (UCES) y en más de 10 Universidades Nacionales y Extranjeras. Entre otros institutos, es Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, del Instituto de Política y Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional, de la



El DAIP se encuentra indisolublemente ligado al principio de publicidad de los actos de gobierno. Ello, toda vez que no puede hablarse de transparencia de la actividad administrativa y de los actos de los gobernantes, si como contrapartida no se garantiza el acceso al público para tomar conciencia de los mismos.

Sin embargo, tampoco debe olvidarse que es un derecho condicionante para el ejercicio de muchos otros, entre ellos, la libertad de expresión, el ejercicio de distintas formas “semidirectas” de democracia, los derechos económicos, sociales y culturales, etc. De allí la importancia impostergable de construir un camino que se oriente a proteger, afianzar y maximizar este derecho, porque solo así se consolidará un Estado constitucional y democrático.²

Sabido es que la libertad de expresión es una de las denominadas “libertades preferidas” en el Estado constitucional de derecho, por lo que resulta esencial que se le adjudiquen garantías especiales para su efectivo ejercicio. Por esta razón, se torna indispensable que en nuestra organización republicana la libertad de expresión ocupe un lugar primordial entre los bienes merecedores de protección jurídica.³

Para que la democracia sea auténtica y puedan efectivizarse los derechos esenciales que la componen debemos procurar que la administración sea como una caja de cristal, para lo que resulta preciso que se adopte como política de Estado la transparencia, y se dicte una ley a nivel nacional que regule el régimen de acceso a la información pública.⁴

En el presente trabajo analizaré el fallo “Pérez Esquivel”, que se relaciona directamente con la obligación del Estado de tutelar el derecho de acceso a la información pública. En este marco, en primer término haré una breve referencia al caso en estudio. Luego, abordaré la plataforma normativa involucrada, esto es la reglamentación del DAIP en el ámbito nacional e internacional, para referirme finalmente al mismo a nivel local. Con posterioridad, examinaremos las características que ostenta la garantía judicial que tutela al DAIP.

Asociación Mundial de Justicia Constitucional, del Departamento de Ciencia Política y Constitucional de la Sociedad Científica Argentina. Es dictaminadora externa en materia de Derecho a la Información del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM). Es autora (6), co-autora (3), directora (3) y participante (44) en un total de 56 libros; ha publicado más de un centenar de artículos en revistas de su especialización y ha dictado más de un centenar de conferencias.

1. Basterra, Marcela I., “¿Supera el test de constitucionalidad el Proyecto de ley de Acceso a la Información Pública?”, LL 2010-F, p. 1.

2. Basterra, Marcela I., *El derecho de acceso a la Información Pública en Iberoamérica*, Buenos Aires, Adrus, 2009, p. 88.

3. Basterra, Marcela I., “La libertad de expresión de los funcionarios públicos. Alcance y limitaciones. Visión del Tribunal Superior cordobés”, LL 2013-C, p. 1.

4. Buteler, Alfonso, “La legitimación para el acceso a la información”, LL 2013-A, p. 1.



Por otra parte, y con la finalidad de ilustrar la relevancia de este derecho, también se analizarán las distintas argumentaciones teóricas que fundamentan por qué la democracia exige garantizar el efectivo ejercicio de esta prerrogativa fundamental.

II. EL CASO “PÉREZ ESQUIVEL ANDRÉS C/GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”

II. 1. Breve reseña de los hechos

El Sr. Andrés Pérez Esquivel interpuso acción de amparo en los términos de la Ley 104 de Acceso a la Información Pública,⁵ contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires –Ministerio de Justicia y Seguridad– con la finalidad de que se ordene a la demandada otorgar en forma completa, veraz y adecuada la información oportunamente solicitada en sede administrativa.

Específicamente, el actor requirió al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires –en adelante GCBA–, tomar vista y copia del registro de ubicación de videocámaras del Poder Ejecutivo y de cámaras de video de vigilancia privadas incorporadas a la red pública; petición que fue denegada por la Dirección General de Administración de Recursos Humanos de la Policía Metropolitana.

El magistrado de primera instancia hizo lugar parcialmente a la acción de amparo, ordenando al Gobierno de la Ciudad a que dentro del plazo de treinta días conceda los datos peticionados. Cuestionada que fuera dicha resolución, la Alzada decidió confirmar el fallo del *a quo*.

II. 2. Análisis de la sentencia

Para arribar a la decisión final, el juez analizó de manera individual las diferentes cuestiones planteadas por Pérez Esquivel.

En relación al objeto de la demanda, esto es el acceso a la información vinculada con los registros de ubicación de videocámaras del Poder Ejecutivo y de cámaras de vigilancia privadas incorporadas a la red pública, sostiene que le asiste razón al accionante, en tanto basa su pretensión en la obligatoriedad impuesta por el artículo 14 de la Ley 2602.⁶ Dicho precepto legal dispone: “La autoridad de aplicación deberá publicar en la página web del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires los puntos en los cuales se instalen videocámaras”. Por consiguiente, entiende el *a quo* que la falta de disponibilidad por parte de los particulares de la referida información genera el derecho a solicitarla y, en caso de no serle concedida, a iniciar las acciones judiciales correspondientes.

5. Ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 104 de “Acceso a la información pública”, publicada en el BO el 29/12/98.

6. Ley 2602, de “Ley de Videocámaras”, publicada en el BO el 24/08/09.



Siguiendo esta línea argumental, subrayó que fue el propio legislador quien tuvo la intención de darle publicidad a la información vinculada a la ubicación física de las cámaras de seguridad. Por lo tanto, restringir el acceso a la misma contraría manifiestamente el espíritu de la ley.

Sin perjuicio de lo expuesto, ponderó que eventualmente esta circunstancia podría producir algún tipo de afectación sobre el derecho a la intimidad de los ciudadanos, en cuyo caso quienes se consideren afectados tendrán la posibilidad de requerir a las autoridades la cancelación de las grabaciones en las que pudieran verse involucrados.

A mayor abundamiento, destacó que si bien en un principio se evidenciaba la falta de operatividad del sitio *web* oficial, puesto a disposición de los ciudadanos para la consulta de la ubicación física de las cámaras de seguridad, esta irregularidad fue revertida, pudiendo actualmente verificarse su correcto funcionamiento. Es por ello que el juez considera cumplido el requerimiento por medio del acceso a la información vía Internet. Funda su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que reiteradamente ha sostenido: “*en el juicio de amparo corresponde atenerse a la situación existente en el momento en que se resuelve*”.⁷

Teniendo en cuenta lo expuesto, y siendo uno de los objetos perseguidos mediante la acción de amparo la vista y copia del registro de ubicación de las videocámaras, entiende correctamente el magistrado que se dio acceso a esa información vía Internet, que fue la herramienta adoptada por la propia ley para dar publicidad a este tipo de información.

Con posterioridad, abordó el argumento del GCBA que en su contestación de demanda manifestó oportunamente haberle comunicado al actor la causa que justificaba la denegatoria en cuestión. En dicha oportunidad la Administración informó: “*el registro de video vigilancia privada y su base de datos se irá implementando en el futuro en virtud de que la reglamentación de la Ley N° 3998 se encuentra en proceso de aprobación*”, y si bien este registro “*se encuentra creado, carece de dato alguno, motivo por el cual no resulta posible brindar información...*”.

En relación a este punto, la sentencia recuerda que “*frente a la denegatoria administrativa basada en esta causal corresponde realizar un análisis estricto de las específicas circunstancias del caso, con el objeto de determinar si realmente no existe una obligación (expresa o tácita) de producir la información en cuestión impuesta por otra norma*”. Ello, por cuanto justamente lo que se trata de evitar es que la Administración pretenda evadir su obligación constitucional so pretexto de no contar con la información peticionada, anulando en la práctica el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

7. CSJN, Fallos 310:112, “*María Del Carmen Baricalla de Cisilotto v. Nación Argentina s/Acción de Amparo*”, 1987.



Con base en los argumentos esgrimidos, entiende que debe emplearse un criterio estricto y restrictivo al momento de analizar la eventual aceptación del temperamento seguido por la autoridad pública.

Por lo que concluye que, a pesar de la realidad fáctica alegada por la parte accionada, no resulta razonable la conducta de la Administración de ampararse en la falta de reglamentación para desligarse de su obligación constitucional de evacuar la requisitoria efectuada por la actora, otorgando la información que obre en su poder.

El magistrado estimó conducente destacar que el Decreto 1172/03⁸ prevé en el artículo 5 que: *“El sujeto requerido debe proveer la información mencionada siempre que ello no implique la obligación de crear o producir información con la que no cuente al momento de efectuarse el pedido, salvo que el Estado se encuentre legalmente obligado a producirla, en cuyo caso debe proveerla”*. Con base en estos argumentos, decide hacer lugar al reclamo del actor en lo que respecta a las cámaras de video vigilancia privadas, ordenando al GCBA que dentro del plazo de treinta (30) días de notificado, conceda al amparista la información que obre en su poder vinculada a la ubicación física de las cámaras de video de vigilancia privadas incorporadas a la red pública, o en su caso, suministre a la parte actora acceso al registro creado por la resolución N° 156/GCBA/PMCABA/12, en lo que hace –únicamente– a datos referidos a la ubicación física de las mismas, procediendo a su relevamiento en la medida de su interés.

La demandada apeló la resolución de primera instancia, sin embargo la expresión de agravios fue desestimada por cuestiones formales, en el entendimiento de que *“no contiene una crítica concreta y razonada de las partes de la sentencia que la recurrente considera equivocadas (cf. art. 236 del CCAyT). La apelante se ha limitado a expresar su disconformidad con lo decidido, sin rebatir los fundamentos de la sentencia de grado en cuanto a la forma en que fueron impuestas las costas”*.⁹

La Cámara agrega que se definió en doctrina¹⁰ la expresión de agravios como *“el acto mediante el cual, fundando la apelación, el recurrente refuta total o parcialmente las conclusiones establecidas por la sentencia en lo que atañe a la apreciación de los hechos o de la prueba o a la aplicación de las normas jurídicas”*. Por consiguiente, toda vez que la presentación de la demandada no cumplió con los requisitos señalados, declaró desierto el recurso interpuesto.

8. Decreto 1172/03 *“Acceso a la información pública”*, publicado en el BO el 3 de diciembre de 2003.

9. CCAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala III *“Pérez Esquivel c/GCBA sobre amparo”*, sentencia del 4/02/15.

10. Palacio, Lino, *Derecho procesal civil*, t. V, 4a reimposición, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1993, p. 266.



III. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El acceso a la información pública constituye una de las prerrogativas necesarias para el funcionamiento adecuado de los sistemas democráticos, situación que ha sido recogida por el derecho, al considerar que la libertad de expresión es parte esencial de los derechos fundamentales.

Vivimos en una sociedad donde la complejidad de sus instituciones y la cuantía de los recursos administrados –entre tantos otros factores–, requieren un desarrollo del contralor de gestión cuya insuficiencia actual nadie puede discutir sensatamente. La transparencia no es una simple aspiración vinculada con la moralidad o los valores; es una real exigencia y una condición para que el Estado de Derecho pueda ser considerado tal.¹¹

El fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que los funcionarios públicos se desempeñen. La información pertenece a las personas, no es propiedad del Estado, por lo que el acceso a esta no es una gracia o un favor del gobierno. El Estado y las instituciones públicas están comprometidos a respetar y garantizar el acceso a la información a todas las personas.¹²

El acceso universal a la información pública es una condición esencial y necesaria para que la democracia participativa diseñada por el constituyente en 1994, tenga posibilidades de realización práctica con canales institucionales adecuados. Por ello, es necesario el abandono de la cultura del “secretismo”, adoptando los estándares que recientemente ha receptado nuestro Máximo Tribunal en precedentes como “*Asociación de Derechos Civiles c/Pami s/amparo Ley 16986*”¹³ y “*CIPPEC c/Estado Nacional - Min. de Desarrollo Social - dto. 1172/03 s/amparo Ley 16986*”.¹⁴ En consonancia, la Corte Interamericana ha señalado que “*el acceso a la información bajo control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso*”.¹⁵

La obligación de los Estados Partes de generar y suministrar información relativa al modo en que el derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualquiera de sus disposiciones, se encuentra establecida en el artículo 43 de la CADH.¹⁶

11. Drucaroff Aguilar, Alejandro, “Derecho de acceso a la información en poder del Estado”, LL 2014-C, p. 4.

12. Grillo Iríde, Isabel María, “El derecho de acceso a la información para oxigenar la democracia”, LL 2013-B, p. 17.

13. CSJN, Fallos 335:2393, “*Asociación de Derechos Civiles c/Pami s/amparo Ley 16986*”, (2012).

14. CSJN, “*CIPPEC c/Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social - dto. 1172/03 s/amparo Ley 16986*”, (2014).

15. CIDH, “*Marcel Claude Reyes y otros vs. Chile*”, sentencia del 21/01/06, serie C, N° 51, www.cidh.org.cr.

16. Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por Ley 23054, publicada en el BO del 27/03/84.



Si el Estado no genera, sistematiza y conserva información, de nada valdrá la consagración del DAIP. La obligación de generar información viene impuesta de modo derivado por las propias obligaciones asumidas por el Estado en la citada Convención. Así, los compromisos de: i) “adoptar medidas”, ii) “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, iii) “para lograr progresivamente”, iv) “por todos los medios apropiados”, v) “la plena efectividad de los derechos (...) reconocidos”; requieren para determinar su cumplimiento y eventualmente exigirlo por vía judicial, de la producción de información por parte de la Administración.¹⁷

Del conjunto e interacción de los diversos compromisos internacionales asumidos en materia de DAIP, surge la obligación de adoptar medidas adecuadas para posibilitar su efectiva vigencia y ejercicio.

Así, el principio de “máxima divulgación” que rige en la materia, impone tanto la obligación de recopilar y sistematizar información, como la de su difusión de oficio.

La vigencia de este principio que deriva del deber de publicidad y transparencia de la gestión pública, según el cual toda información se presume accesible con un sistema restringido de excepciones –las que deben ser legales–, permite extraer una serie de reglas de diverso carácter vigentes en nuestro sistema constitucional, a pesar del letargo del Congreso Nacional en sancionar la ley que lo garantice, estableciendo las pautas de su ejercicio.¹⁸

Según la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, el principio de máxima divulgación implica un deber básico de recolección, registro y difusión de oficio de información por parte del Estado, que se traduce en la obligación de adoptar todas las medidas de forma tal que se creen y mantengan registros públicos de manera eficiente y efectiva.

La revolución tecnológica y la globalización ponen en duda la aplicación absoluta del principio representativo. Sin embargo, en la actualidad, muchas decisiones sobre aspectos importantes de la vida de la sociedad pueden ser tomadas y deben ser controladas en forma directa por los ciudadanos sin mayores inconvenientes, a través de los medios tecnológicos que tienen a su alcance.

La creación, mantenimiento y actualización de páginas *web* es un mecanismo que tiene el Estado para cumplir con su obligación de recolectar, guardar y diseminar la información que se encuentra en su poder, pero no puede ser el único.

Para fomentar la transparencia de las actividades estatales y promover la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, es de esperar que el sistema se in-

17. Scheibler, Guillermo M., “El derecho humano de acceso a la información pública”, LL 2013-B, p. 2.

18. Pusterla, José C., “El acceso a la información pública en un reciente fallo de la Corte Suprema”, LL 2013-D, p. 3.



cline hacia la vigencia sociológica de un control social intenso y obligatorio de la gestión pública. En este camino es donde debe ubicarse el fallo que se comenta.

IV. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DESDE LA NORMATIVA

IV. 1. El acceso a la información en la Constitución Nacional

Preliminarmente, no puede soslayarse que la información es pública y por tanto pertenece al pueblo, en virtud del principio de soberanía (artículo 33 CN). El pueblo gobierna a través de sus representantes (artículo 22 CN) toda vez que nuestro sistema es republicano y representativo (artículo 1° CN), es por esta razón que los habitantes son los titulares de la información pública. Los agentes del Estado son servidores públicos depositarios de dicha soberanía, y poseen la obligación de preservar y difundir la información ante el pueblo, que es el depositante y dueño de la misma.

La información debe ser exhibida y brindada por obligación según lo establece expresamente la Constitución Nacional cuando los ciudadanos lo solicitan.

El acceso a la información pública forma parte de las libertades cuyos beneficios la Constitución Nacional asegura para todos, y se encuentra expresamente previsto a favor de los partidos políticos (artículo 38 CN), de usuarios y consumidores (artículo 42 CN) y en materia de derecho ambiental (artículo 41 CN).

El artículo 14 dispone: *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber (...) de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”*. La norma reconoce la libertad de prensa, otorgándole una protección peculiar frente a la censura previa. De este modo, queda efectivamente tutelada en el marco constitucional esta libertad, sin perjuicio de la connotación política, cultural, religiosa, económica o comercial que puedan tener las ideas, tal como lo establecía el Reglamento sobre la Libertad de Imprenta de 1811.

Se trata por lo tanto de la potestad de transmitir a los demás hombres el pensamiento propio, mediante cualquier forma de comunicación.

En cuanto a la prohibición de la censura previa, significa que el control, examen o autorización que puede someterse a cualquier expresión de ideas queda vedada, ya sea con anterioridad a su comunicación a otras personas o que se extienda a controles que pretendan efectuarse a la circulación posterior; salvo que se trate de casos concretos que generen responsabilidades ulteriores.

La prohibición de censura puede fundamentarse en la necesidad de la libre circulación de ideas e información, para que los ciudadanos puedan formar su propio juicio, adoptar decisiones y elegir libremente. En tal sentido, no solo entra en juego el derecho de quien desea expresarse, sino también se postula el derecho de todos a conocer las



ideas de los demás y cotejarlas con las propias; así como el interés del sistema democrático en la circulación fluida de toda información. Es esta la posición adecuada, o al menos la que coincide con los mejores estándares de un Estado constitucional.

La libertad de expresión también surge aunque en forma implícita del artículo 33 Constitucional, que prescribe: *“las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”*.

La norma reconoce que los derechos no mencionados expresamente en la Constitución, tienen igual validez que los consagrados explícitamente, siempre que se deriven de la forma republicana de gobierno y de la soberanía popular. Sin duda, la libertad de expresión importa un claro desprendimiento de uno de los pilares fundamentales en los que descansa la República, que es el principio de publicidad de los actos estatales.

De conformidad con el carácter de las instituciones fundamentales de la democracia republicana que la Constitución Nacional asigna a los partidos políticos, el artículo 38 establece que su creación y el ejercicio de sus actividades son libres y que la Constitución garantizará su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, *el acceso a la información pública* y la difusión de sus ideas.

Este derecho de acceso a la información importa la aplicación del principio republicano de la publicidad de los actos de gobierno, y consiste en la facultad de solicitar informes por parte de los partidos políticos a los tres poderes del Estado sobre sus actividades. Usualmente estos informes son requeridos por los bloques legislativos que cada partido tiene en las cámaras del Congreso Nacional o por las comisiones internas, en base al derecho que tienen los legisladores de interpelar a los ministros del Poder Ejecutivo y –en sentido más amplio– de pedir informes a los otros poderes del Estado.¹⁹

Los derechos de los usuarios y consumidores consiguen tener protección constitucional expresa al incorporarse en el texto de la Ley Fundamental el artículo 42, que consagra el derecho a “una información adecuada y veraz” en favor de los consumidores y usuarios de bienes y servicios. Comparto con Quiroga Lavié²⁰ la afirmación en el sentido de que el “derecho a una información adecuada y veraz” constituye el punto más fuerte de la protección constitucional de la relación de consumo.

Los usuarios y consumidores solo podrán ejercer plenamente los derechos de los que son titulares cuando: 1) conocen íntegramente la tutela judicial que recae sobre ellos, 2) entienden los alcances y efectos de cada uno de los institutos y principios que han sido consagrados a su favor, 3) son informados de todos los aspectos (incluye naturaleza,

19. Basterra, Marcela I., *El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública*, Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina S.A., 2006.

20. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Buenos Aires, Editorial Zavallía, 2000.



alcances y efectos) del contrato que lo vincula con el consumidor, 4) son instruidos acerca de los beneficios de consumir con razonabilidad y racionalidad, 5) acceden a la información que posibilita el conocimiento de los regímenes jurídicos, evaluándolos a los fines de saber cuáles son sus derechos, permitiendo que en el marco de un vínculo jurídico específico, el usuario o consumidor pueda conocer sus derechos y obligaciones, así como las del proveedor y los efectos y resultados esperados o deseados de la provisión.²¹

Sin la información necesaria se privaría a los usuarios y consumidores de acceder a conocer lo necesario a fin de elegir un bien o servicio. Como contrapartida a la obligación constitucional, en caso de que se brindare información falsa o inexacta, se debe la correspondiente indemnización por los daños causados como consecuencia de tal acción u omisión.

No es suficiente, a los efectos de la obligación de informar, la publicidad de dicho bien o servicio. Esta tiene como principal finalidad la de captar voluntades tendientes al consumo del bien o servicio publicitado, razón por la que estaría permitido cierto grado de subjetividad valorativa, sin que por supuesto la misma signifique desvirtuar el producto de manera tal que se induzca al destinatario a error, porque en ese caso también correspondería una indemnización. El derecho a la publicidad es de naturaleza diferente a la obligación del deber de información en relación al consumo.

Por su parte, en el artículo 41²² los principales objetivos del constituyente en torno a la protección del ambiente pueden enumerarse de la siguiente forma: 1) asegurar la preservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de nuestros recursos ambientales, naturales y culturales; 2) asumir como prioridad la promoción del mejoramiento de nuestra calidad de vida y de las generaciones por venir; 3) promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales; 4) mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos; 5) asegurar la conservación de la diversidad biológica; 6) *promover, fomentar, asegurar y organizar la educación, información y participación en materia ambiental*, 7) prevenir los efectos nocivos o peligrosos de las actividades humanas, para posibilitar el desarrollo económico, social y cultural de manera sustentable; 8) establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional para la implementación de políticas a escala

21. Lowenrosen, Flavio, “Breves consideraciones sobre el Deber de Información, la Educación y la Buena Fe, en su carácter de principios básicos que tutelan los derechos de los administrados en general, y de los usuarios y consumidores en particular”, artículo publicado en *El Dial*, www.eldial.com, DC4E4.

22. Artículo 41: “*Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos*”.



nacional y regional; y 9) establecer los procedimientos y mecanismos para minimizar riesgos ambientales, para prevención, mitigación de emergencias ambientales y recomposición de daños causados por contaminación.

Así, establece la obligación por parte de las autoridades de “proveer a la información”, esto es, que el Estado deberá otorgar la información necesaria a fin de que los ciudadanos puedan ejercer efectivamente la función de control del cumplimiento de los presupuestos ambientales mínimos que la propia constitución establece en la presente norma.

Dicha información no solo debe ser accesible a los efectos de que la población pueda ser informada, tomar decisiones y dar opinión sobre los problemas ambientales que puedan afectarla directamente, sino que además es trascendente que el Estado provea información haciendo lo que corresponda para producirla en los casos en que no exista, a efectos de que ese proceso de toma de decisiones inherente al sistema democrático pueda ser racionalmente fundado.

IV. 2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Con la reforma constitucional de 1994, a través del artículo 75, inciso 22 se incorporaron a nuestro sistema jurídico diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional, con lo que se abre el abanico de derechos expresamente incorporados a la letra de la Constitución.

Entre los tratados que se incorporan, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 13.1 establece que *“toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección”*. Si bien la precitada norma parecería referirse a la libertad de expresión, lo cierto es que en la voz “recibir... información...”, como puede observarse, se encuentra reconocido el derecho a ser informado y correlativamente la obligación de brindar información.

En idénticos términos a los expuestos, se contempla este derecho en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 19 establece que: *“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”*.

Por su parte, el artículo 19, inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en igual sentido establece que: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda*



índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, como también el Pacto de San José de Costa Rica, establecen en materia de derechos sociales el principio de progresividad, es decir, la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. De esta obligación estatal de implementación progresiva, pueden extraerse algunas obligaciones concretas pasibles de ser sometidas a revisión judicial en caso de incumplimiento.

La obligación mínima asumida por el Estado es la de no regresividad, es decir la prohibición de adoptar políticas o medidas, y por ende de sancionar normas jurídicas que agraven la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población una vez adoptado el tratado internacional. El punto fundamental de esta cuestión está dado por la imposibilidad de conocer el contenido exacto de la obligación estatal sin acceder previamente al estado de goce de un derecho social –salud, vivienda, educación–, de modo que la falta de información frustra las posibilidades de su exigibilidad, dado que resulta imposible establecer una comparación entre la situación anterior y la posterior a la adopción de medidas por parte del Estado. Por ende, de acuerdo a la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto impone a los Estados la obligación de relevamiento y producción de información, y aun de formulación de un plan de acción para la implementación progresiva (Observaciones generales 1 y 4 de Comité DESC).²³

El artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre²⁴ establece que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, investigación, opinión, expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio que fuera. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)²⁵ en el artículo 26 consagró también el principio de progresividad en materia de implementación de los derechos conocidos por la Carta de Organización de los Estados Americanos.

El citado artículo 13 de la CADH explicita el derecho a la libertad de expresión y de pensamiento, e incluye el debido acceso a la información pública (la falta de información limita el pensamiento y la libertad); en este sentido fue interpretado en forma reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en fallos como *“Herrera Ulloa Vs.*

23. Basterra, Marcela I., *El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública*, op. cit.

24. Declaración Americana de los Derechos del Hombre, aprobada y proclamada por la Conferencia Internacional Americana 02/05/1948.

25. Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica de 1966 y aprobada por Ley 23054, publicada en el BO del 27/03/84.



Costa Rica”,²⁶ “*Ricardo Canese vs. Paraguay*”,²⁷ “*Palamara Iribarne vs. Chile*”,²⁸ “*Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*”.²⁹ Sin embargo, el caso paradigmático en la materia es “*Marcel Claude Reyes y otros vs. Chile*”,³⁰ en el que la Corte Interamericana manifiesta que: “*El Estado chileno violó los artículos 1, 2, 13 y 25 de la CADH, al no brindar acceso adecuado a la información pública, y al no otorgar un recurso judicial efectivo por la negación de un derecho fundamental protegido por la Convención, a saber; el derecho fundamental de acceso a la información pública*”.

En materia de acceso a la información pública, los instrumentos internacionales incorporan pautas básicas de las cuales la legislación local no puede apartarse sin resultar inconstitucional, por afectar el principio de jerarquía de normas.

Además, sería irracional imaginar el resguardo del sistema de derechos sin pensar en que la convencionalidad debe ir de la mano de la constitucionalidad, por lo que se tendrá en cuenta no solo los derechos fundamentales consagrados en nuestra fuente interna, sino también aquellos que están consagrados en la externa; donde además, el margen de apreciación por parte de cada ordenamiento jurídico interno debe ser llevado a cabo lisa y llanamente a los efectos de no violar los preceptos reconocidos internacionalmente.³¹

El estándar mínimo puede plasmarse de la siguiente manera: 1) obligación positiva de suministrar a toda persona que lo solicite, la información no reservada existente en su poder; 2) sujetos obligados: el Estado desde todos los poderes está obligado a brindar la información pública obrante en su poder a quien lo requiera; 3) delimitación del objeto del derecho a la información y la garantía para su acceso: máxima publicidad, divulgación y transparencia; 4) debido proceso administrativo para ejercer el derecho de acceso a la información con recurso judicial suficiente; 5) régimen supranacional de las restricciones posibles al acceso a la información pública; y 6) obligación del Estado de adoptar normas y prácticas acordes con el régimen supranacional de acceso a la información.

IV. 3. Decreto Nacional de Acceso a la Información Pública

El Poder Ejecutivo Nacional dicta este Decreto en uso de las facultades conferidas por el artículo 99, incisos 1 y 2 de la Constitución Nacional. El mismo tiene como objetivo fundamental la reglamentación de cinco institutos que aseguran el acceso “igualitario”

26. Corte IDH, Caso “*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*”, sentencia del 02/07/04.

27. Corte IDH., Caso “*Ricardo Canese vs. Paraguay*”, sentencia del 31/08/04.

28. Corte IDH, Caso “*Palamara Iribarne vs. Chile*”, sentencia del 22/11/05.

29. Corte IDH, Caso “*Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*”, sentencia del 29/11/11.

30. Corte IDH, Caso “*Marcel Claude Reyes y otros vs. Chile*”, op. cit.

31. Villanueva, Marcos A., “El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales”, Congreso de Derecho Público Democracia y Derechos, Buenos Aires, 2012.



de los ciudadanos a la información estatal, con la consiguiente participación en las decisiones de los asuntos públicos para los casos que corresponda, según lo determina la propia norma.

La argumentación más importante que surge de los propios considerandos gira en torno de la necesidad de fortalecer la relación entre el Estado y la sociedad civil, imprescindible para concretar las reformas institucionales necesarias para desarrollar una democracia legítima, transparente y eficiente. Dentro de estas reformas, se hace necesario el saneamiento de las instituciones, debiendo otorgarse un lugar primordial a los mecanismos que incrementan la transparencia de los actos de gobierno, a los que permiten el libre acceso a la información y a los que amplían la participación de la sociedad en los procesos decisorios de la administración.

Los dispositivos contemplados por la norma de acceso y participación son los siguientes: 1) Las Audiencias Públicas, 2) La Publicidad de la Gestión de Intereses *-lobby-*, 3) La Elaboración Participativa de Normas, 4) El derecho de Acceso a la Información Pública en el área del Poder Ejecutivo Nacional, y 5) Las Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos.

La norma tiene dos fines genéricos: 1) el primero es institucionalizar los mecanismos que hacen posible el acceso a la información estatal en las áreas que dependen del Poder Ejecutivo Nacional, estableciendo en relación con cada uno de estos instrumentos un procedimiento común al universo de organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione en la jurisdicción de este poder del Estado; y 2) el segundo es establecer el acceso libre y gratuito vía Internet a la edición diaria de la totalidad de las secciones del Boletín Oficial durante el día hábil administrativo de su publicación gráfica. Los anexos de los actos administrativos emanados del Poder Ejecutivo Nacional no publicados en la edición gráfica, podrán visualizarse a través del sitio de Internet creado a tales efectos.

En todos los supuestos de participación, salvo para el caso de las reuniones abiertas de los entes reguladores de servicios públicos, se prevé que la autoridad de aplicación será el órgano de mayor jerarquía dentro de esa repartición estatal dependiente del Poder Ejecutivo. Asimismo, se podrá requerir en estos supuestos la participación de: 1) el Organismo Coordinador *-cuya función es asistir técnicamente a la autoridad convocante-*, 2) la Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia de la Jefatura de Gabinete de Ministros; y 3) la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia de la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos *-en casos relacionados con temas de su competencia-*.

Para las herramientas de publicidad de gestión de intereses y el acceso a la información pública, la autoridad de aplicación será directamente el mismo órgano controlador que en los anteriores supuestos; es decir, la Subsecretaría para la Reforma Institucional



y Fortalecimiento de la Democracia, de la Jefatura de Gabinete de Ministros. Para los cinco institutos se garantiza el respeto de los principios de igualdad, publicidad, informalidad y gratuidad. Se instituye como principio general en la normativa que aquellos funcionarios que incumplan con las obligaciones estipuladas en cada uno de los casos previstos en los distintos mecanismos, incurrirán en falta grave, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran caberles conforme lo previsto en los Códigos Civil y Penal de la Nación.

Si bien puede parecer sobreabundante en cada uno de los mecanismos establecer puntualmente los plazos tanto de presentación, publicación, informe final, denegatoria, etc., considero que no lo es, dado que entre los modos habituales de impedir el acceso a la información, se encuentra el de negarla a través de la dilación u omisión de la respuesta. Por este motivo, esta modalidad es un muy buen ejemplo a seguir al momento de sancionar una ley nacional, para “acotar” el grado de evasión de la responsabilidad estatal. Si los plazos son breves, se contribuirá en mayor medida para que la administración brinde una adecuada respuesta a los requerimientos de los ciudadanos.

Asimismo, para la sanción de la ley deberá tenerse en cuenta el acceso a la justicia, si fuere denegado el acceso a la información en sede administrativa. Si una vez presentado el requerimiento y cumplido el plazo estipulado en la legislación, la demanda de información no se hubiera satisfecho o la respuesta a la requisitoria hubiere sido ambigua o parcial, se considerará que existe negativa en concederla, quedando expedita la vía judicial. Es imprescindible, en este caso, garantizar un procedimiento sumarísimo para reclamar la protección del derecho ante la justicia.³²

IV. 4. El marco normativo de la CABA en materia de acceso a la información

El artículo 1° de la Constitución local (en adelante CCABA) dispone que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires organiza sus instituciones como democracia participativa y adopta para su gobierno la forma republicana y representativa, estableciendo que todos los actos de gobierno son públicos.³³ De ello pueden inferirse los principios de participación y publicidad. A su vez, el artículo 12 garantiza “*el derecho a comunicarse, requerir, difundir y recibir información libremente y expresar sus opiniones e ideas, por cualquier medio y sin ningún tipo de censura*”;³⁴ y el artículo 46 asegura a los usuarios y consumidores el acceso

32. Basterra, Marcela I., *El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública*, op. cit., p. 72.

33. Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, artículo 1°: “*La Ciudad de Buenos Aires, conforme al principio federal establecido en la Constitución Nacional, organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa y adopta para su gobierno la forma republicana y representativa. Todos los actos de gobierno son públicos. Se suprimen en los actos y documentos oficiales los títulos honoríficos de los funcionarios y cuerpos colegiados. La Ciudad ejerce todo el poder no conferido por la Constitución Nacional al Gobierno Federal*”.

34. Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, artículo 12.



a una información transparente, adecuada, veraz y oportuna a fin de proteger su salud, seguridad y patrimonio.³⁵

Puede afirmarse que el derecho a la información pública en la Constitución de la Ciudad es un derecho bidireccional, que incluye tanto el derecho a informar –cuyo titular es el sujeto activo–, como el derecho a ser informado –siendo el titular el sujeto pasivo en la relación–.³⁶ También el artículo 52 de la Constitución porteña envuelve un novedoso procedimiento de esbozo y rastreo del presupuesto estatal.

Finalmente, el título séptimo de la CCABA insta en su capítulo primero que los funcionarios deben rendir cuentas de su gestión y que todo acto de contenido patrimonial de monto relevante debe ser registrado bajo pena de nulidad, en una base de datos de acceso libre y gratuito (artículo 132).

Ahora bien, el acceso a la información en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires posee ventajas y desventajas, de las cuales haremos a continuación una breve síntesis:

IV. 4. 1. Ventajas

La profusión y contundencia con que ha sido receptado constitucionalmente y reglado este derecho es primordial. Protección tuitiva que tiene un rol destacado, dado que se traduce en una efectiva tutela si se advierte el manifiesto activismo judicial en la materia.

No prevé –con acierto– que ante cada pedido de información el solicitante dé explicaciones a la administración acerca del uso que proporcionará a la misma. Tampoco que el peticionante demuestre un interés subjetivo para otorgarle legitimación activa, ya que la reglamentación legal en la Ciudad de Buenos Aires es acorde a los lineamientos de los estándares internacionales.

El derecho público porteño conforma un verdadero sistema de transparencia institucional, debido a que el derecho de acceso a la información excede los términos de la Ley 104³⁷ y se derrama sobre numerosas normas e institutos.

35. Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, artículo 46: *“La Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten. Protege la salud, la seguridad y el patrimonio de los consumidores y usuarios, asegurándoles trato equitativo, libertad de elección y el acceso a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna, y sanciona los mensajes publicitarios que distorsionen su voluntad de compra mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas. Debe dictar una ley que regule la propaganda que pueda inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación. Ejerce poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en la Ciudad, en especial en seguridad alimentaria y de medicamentos. El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos promueve mecanismos de participación de usuarios y consumidores de servicios públicos de acuerdo a lo que reglamente la ley.”*

36. Gil Domínguez, Andrés, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Un recorrido crítico*, Eudeba, 1997, p. 132.

37. Ley 104 de “Acceso a la información pública”, publicada en el BO el 29/12/98.



Otra ventaja en materia de transparencia es la Ley 572,³⁸ que siguiendo los principios específicos que emanan del artículo 132 de la Constitución local, obliga a publicar en Internet las categorías de funcionarios pretendiendo no dejar margen de duda respecto de la universalidad de sus disposiciones.

Por otra parte, sus diferentes organismos tienen la obligación de remitir trimestralmente para su publicación en el Boletín Oficial de la Ciudad, un listado que detalle el nombre, el monto, tiempo de locación y funciones de las personas físicas contratadas para prestar servicios técnicos profesionales u operativos.

Además, contempla el mecanismo de la audiencia pública que habilita la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones, a través de un espacio institucional en el que todos aquellos que puedan sentirse afectados, manifiesten su conocimiento o experiencia y presenten su perspectiva individual, grupal o colectiva respecto de la decisión a adoptarse. Dichas opiniones –no obstante su carácter no vinculante– deben ser consideradas adecuadamente, estableciéndose la obligación por parte de la autoridad de fundamentar sus desestimaciones.

El área a cargo de las decisiones relativas al objeto de la audiencia pública es la autoridad convocante, constituyéndose en la encargada de realizar las citaciones a través de un acto administrativo expreso, así como de presidir la audiencia pública pudiendo delegar tal responsabilidad en un funcionario competente en razón del objeto de la misma.

La realización podrá ser solicitada a través de una presentación fundada ante la autoridad convocante, la que deberá expedirse sobre tal requerimiento en un plazo no mayor a treinta (30) días mediante acto administrativo fundado, el que debe ser notificado al solicitante por medio fehaciente. Al utilizarse en esta disposición el término “deberá” (en lugar de “podrá”), la autoridad tiene obligación de expedirse en el plazo determinado respecto del concreto derecho de petición ejercido por un ciudadano o entidad legitimada. En contrario, para estos últimos es optativo toda vez que “podrán” solicitar audiencia pública cuando un interés –aunque sea simple– se vea afectado. Pareciera entonces que no debe convertirse en una facultad discrecional y/o arbitraria de la dependencia del Poder Ejecutivo a la que se solicita audiencia pública la de otorgarla o no, toda vez que de optar por la negativa deberá fundar el acto administrativo que así lo establezca.

El contenido de la convocatoria queda a cargo del área de implementación y deberá contener determinados requisitos especiales.³⁹

38. Ley 572 “Ley de presupuesto”, publicada en el BO el 09/05/01.

39. Los mismos son los enumerados en el artículo 16, que establece: “En la Convocatoria de la Audiencia deberán constar: a) Autoridad Convocante; b) objeto de la Audiencia Pública; c) fecha, hora y lugar de celebración; d) Área de implementación; e) Organismo Coordinador —si lo hubiere—, f) datos del solicitante —si lo hubiere—; g) lugar y horario para tomar vista del expediente, inscribirse para ser participante y presentar la documentación relacionada con el objeto de la audiencia; h) plazo para la inscripción de los participantes; i) autoridades de la Audiencia Pública; j) término en que la Autoridad Convocante informará sobre el desarrollo y los resultados del procedimiento; k) medios por los cuales se dará difusión a la misma”.



Las audiencias públicas pueden ser presenciadas por el público en general y por los medios de comunicación.

Tiene facultad de ser participante toda persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva relacionado con la temática de la audiencia. En este punto, merece destacarse el carácter amplio de la legitimación dando injerencia a personas no solo físicas sino jurídicas y con el alcance suficiente para cumplimentar con una sana y republicana tendencia contemporánea de otorgar mayor grado de participación a los ciudadanos, y sobre todo a las organizaciones no gubernamentales, las que tienen un lugar preponderante en el proceso de desestatización.

En relación a las audiencias en el marco de los servicios públicos, autorizada doctrina⁴⁰ ha resaltado la importancia de la participación de quienes son usuarios o consumidores de servicios y bienes en la toma decisiones que directa o indirectamente puedan afectarlos. En tal sentido, Gordillo destaca que *“cualquiera que sea usuario de un servicio público (...) sabe que tiene a su alcance influir sobre la prestación de los servicios, evitar ser abusado, que no lo sobrefacturen, que no finjan en los papeles inversiones inexistentes en la realidad, que no realicen auto-contrataciones, que puedan lograr el mejor servicio al menor costo posible”*.

Los participantes tienen derecho a una intervención oral por lo menos de cinco (5) minutos. De esta forma se consagra la necesidad de participación de los interesados, pero lo que es igualmente importante, implica un mecanismo de formación de consenso de la opinión pública respecto de la juridicidad y conveniencia de obrar del Estado, que es de gran utilidad para “testear” la reacción pública posible antes que el decisorio resuelva una cuestión que en algunos casos puede revestir interés superior para la sociedad.⁴¹

También se determinan las facultades y deberes del Presidente de la audiencia pública, quien deberá: 1) garantizar la intervención de todas las partes, así como la de los expertos convocados, 2) mantener su imparcialidad absteniéndose de valorar las opiniones y propuestas presentadas por las partes, y 3) asegurar el respeto de los principios consagrados en el reglamento.

Por último, la autoridad convocante, en un plazo no mayor de treinta (30) días de recibido el informe final del área de implementación, debe fundamentar su resolución final y explicar de qué manera ha tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía, y en su caso, las razones por las cuales las rechaza. Hay antecedentes en los que se establece

40. Gordillo, Agustín, “Licitación Pública, Audiencia Pública, Referendo, Participación Popular y Prestación de Servicios Públicos”, LL, 2002-A, p. 956.

41. Véase Barraza, Javier Indalecio, “La Audiencia Pública y Algunos Principios que surgen de un Pronunciamiento Judicial”, LL, 2001-F, p. 99/103.



la obligación por parte de los funcionarios públicos de dictar resolución expresa ante las peticiones, solicitudes y denuncias realizadas ante la administración pública.⁴²

Sin duda, uno de los principios que rigen el sistema republicano es la posibilidad concreta de los ciudadanos de dirigirse a los funcionarios públicos y ser “oídos”, materializado en el derecho de peticionar a las autoridades, con la consiguiente obligación por parte de estas de responder concretamente las peticiones que se realicen en un marco de legalidad. No obstante, el “test” de razonabilidad juega un papel protagónico dado que tampoco hay una obligación “automática” de conceder toda audiencia pública solicitada, el abuso de este mecanismo se convierte en un obstáculo para la tarea de gobernar, atentando contra la celeridad de las decisiones puesto que todos los temas no pueden ser permanentemente sometidos a debate. El uso en todos y cada uno de los temas en los que realmente sea necesario es el mejor destino que puede darse a la presente reglamentación.

La Ciudad de Buenos Aires cuenta con un órgano constitucional de carácter consultivo con iniciativa legislativa, compuesto por las instituciones y organizaciones sociales representativas del trabajo, la producción, religiosas, culturales, educativas y los partidos políticos cuyo cometido es plantear periódicamente planes estratégicos consensuados que ofrezcan argumentos para las políticas de Estado. También resulta obligatoria la publicidad de los dictámenes, informes, resoluciones y memoria anual de la Auditoría General y su acceso es irrestricto para cualquier ciudadano.⁴³

IV. 4. 2. Desventajas

Tras una apretada síntesis de los aspectos positivos que rodean a la temática en la Ciudad, no podemos dejar de señalar también diversas deficiencias del régimen vigente que se traducen –en ocasiones–, en importantes dificultades prácticas para un adecuado desarrollo de una cultura de la transparencia en la gestión de los intereses públicos.

El artículo 2 de la Ley 104 considera “información” a los efectos de las obligaciones contenidas en dicha norma, a *“cualquier tipo de documentación que sirva de base a un acto administrativo, así como las actas de reuniones oficiales”*.

Una interpretación restrictiva de la cláusula legal permitiría concluir que numerosos datos, estadísticas, registros, etc. en poder de la administración, que no necesariamente *“sirven de base a un acto administrativo”*, podrían quedar excluidos de la obligación de ser facilitados a quien los solicite en los términos del artículo 1 de la normativa.

42. Decreto 229/2000 (Adla, LX-B, 1447), artículo 3, inc. i).

43. Ley 70, de *“Sistemas de Gestión, Administración financiera, y control del Sector Público de la Ciudad”*, publicada en el BO el 29/09/98.



Sin embargo, teniendo en cuenta la manda constitucional prevista en el inciso 1 del artículo 105 de la Constitución de la Ciudad, respecto de *“arbitrar los medios idóneos para poner a disposición de la ciudadanía toda la información y documentación atinente a la gestión de gobierno de la Ciudad”*; parece claro que la expresión *“toda la información”* que contempla la CCABA es pasible de reglamentación legal, pero siempre observándose el principio que rige en la materia. Este es que las excepciones que se establezcan deben valorarse con carácter restrictivo y obedecer a supuestos de tensión con otros valores o derechos que tornen razonable tal limitación.

Sentado lo expuesto, no parece ajustada a las condiciones expresadas la limitación de suministrar solo información *“que sirva de base a un acto administrativo”*, por lo que debe estarse a un concepto más amplio que abarque toda constancia en cualquier soporte en poder de la administración y los demás sujetos obligados.

En esta dirección se orientan las decisiones del Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario. Así, en autos *“Campos Ríos”*⁴⁴ se ha resuelto que *“el ciudadano tiene un innegable derecho a acceder a toda la información que almacena el Estado, salvo unas pocas excepciones destinadas a salvaguardar otros derechos”*.

En relación a la legitimación, en la actualidad se encuentra expresamente obligado por la Ley 104 a suministrar información: *“cualquier órgano perteneciente a la administración central, descentralizada, entes autárquicos, organismos interjurisdiccionales integrados por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado de la Ciudad tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias, del Poder Legislativo, Judicial, entes públicos no estatales, en cuanto a su actividad administrativa y de los demás órganos establecidos en el Libro II de la Constitución de la Ciudad”*.

Se observa que a diferencia del Decreto 1172/2003, la norma porteña de 1998 no incluye –al menos expresamente–, a las organizaciones privadas a las que se haya otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público, así como a las empresas privadas a las cuales se les haya otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público.

La importante porción del presupuesto porteño que se destina a estos rubros revela por sí misma que se trata de una omisión que debe ser subsanada en aras de la transparencia de la gestión y el manejo de los fondos públicos.

Dos son los elementos que permiten ampliar la obligación de suministrar información a entidades no estatales. En primer término, la presencia de fondos públicos que

44. CCAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, *“Campos Ríos Maximiliano Ulises c/Legislatura s/Amparo (Art. 14 CCABA)”*, sentencia del 09/06/05.



impone a quien los recibe el deber de rendir cuentas a la ciudadanía de su correcta utilización. En segundo lugar, tal como lo ha resuelto el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad,⁴⁵ el hecho de que el ente cumpla funciones de interés público lo sujeta a la pauta de libre acceso a la información.

Estimamos que las empresas que presten servicios públicos en la Ciudad o las entidades sin fines de lucro que perciban subsidios del erario comunal, se encuentran compelidas a suministrar la información que se les solicite. En el mismo sentido, el Superior local⁴⁶ ha resuelto que constituye un “argumento inadmisibles” pretender que un ente no enumerado expresamente entre los sujetos obligados de la Ley 104 está exento del deber de proporcionar información, por cuanto la garantía de acceso a la información prevista en el inciso 2 del artículo 12 de la Constitución de la Ciudad, no se agota en los límites de su reglamentación.

Otra desventaja que se cierne sobre el derecho de acceso a la información está dada por la circunstancia de que, al contrario de lo que prescribe la Ley 104, no resulta tan claro el régimen sancionatorio para el funcionario público responsable que en forma arbitraria obstruya el acceso, o suministre la información en forma incompleta u obstaculice de cualquier modo el cumplimiento de la norma.

Es que si bien la ley señala que tales conductas constituyen falta grave, también establece que la denegatoria de la información debe ser dispuesta por un funcionario de jerarquía equivalente o superior a Director General, categorías que se encuentran exceptuadas de las disposiciones de la Ley 471 –Relaciones Laborales de la Administración Pública–,⁴⁷ que regula el régimen disciplinario de los agentes estatales.

De este modo, los principales supuestos de conductas censurables en la materia, es decir, la negativa u obstaculización del ejercicio del derecho por parte de los titulares o funcionarios superiores de las diversas dependencias administrativas, podrían quedar a extramuros de reproche ante la carencia de un régimen disciplinario específico.

No puede soslayarse que la existencia de archivos sistematizados, la obligación de generar y conservar la información y su clasificación mediante métodos ágiles y modernos, son la contracara necesaria del derecho de acceso a la información en manos del Estado. Máxime cuando el artículo 2 de la Ley 104 establece que “*el órgano requerido no tiene obligación de crear o producir información con la que no cuente al momento de efectuarse el pedido*”. De nada servirán las mejores leyes, poco podrán remediar los institutos procesales más ágiles y sumarios si la respuesta a un pedido puntual de información es su inexistencia.

45. TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en: “Kostzer, Moisés c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 25/02/04.

46. Ídem.

47. Ley 471 de “Relaciones Laborales de la Administración Pública”, publicada en el BO el 28/11/08.



La falta de una adecuada gestión de la información por parte de los entes obligados afecta seriamente la operatividad del derecho y, por ende, la posibilidad de acceder a un conocimiento cabal del modo en que se lleva adelante la gestión administrativa.

En el marco de la Ciudad de Buenos Aires, se ha avanzado en lo que respecta a la implementación del programa “Acceso a la Información y Transparencia en la Gestión” previsto por el Decreto 1646/2000,⁴⁸ que informatizó y clasificó la normativa y los actos de gobierno de todas las dependencias del Gobierno de la Ciudad en una base de consulta pública.

Sin perjuicio de ese importante avance, se torna necesaria la determinación de pautas uniformes de producción y archivos de información. El camino hacia la construcción de la democracia participativa que auspicia la Constitución de los porteños requiere ineludiblemente, como condición necesaria, de un aceitado sistema de acceso a la información.⁴⁹

V. CARACTERÍSTICAS DEL FUNCIONAMIENTO DE LA GARANTÍA JUDICIAL QUE TUTELA EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Tal como se ha adelantado, en la Ciudad se encuentra vigente la Ley 104 que impone al Estado local el deber de contestar los pedidos de informe en un plazo de diez (10) días. El legislador ha previsto la garantía de amparo como remedio judicial para proteger el derecho de acceso a la información pública. En efecto, el artículo 8 de la norma establece que si cumplido el plazo contemplado, la accionada no satisface el pedido o bien la respuesta otorgada es ambigua o parcial, se considerará que hubo negativa en concederla, quedando en consecuencia habilitada la acción de amparo regulada por la Ley 2145,⁵⁰ ante el fuero Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

En este marco normativo, el Poder Judicial ha afianzado una interpretación sólida y extensa sobre el derecho de acceso y su protección judicial. Sin duda, los tribunales del fuero Contencioso de la Ciudad han asumido una actitud activista en torno a este derecho fundamental.

Del análisis de su jurisprudencia puede extraerse un catálogo de fallos que categóricamente demuestran la defensa de la exigibilidad del derecho a la información pública, en las distintas aristas que presenta la Ley 104. A título de ejemplo, puede mencionarse el caso “Defensoría CAyT N° 1”⁵¹ en el que, independientemente de que la cuestión debatida

48. Decreto 1646-GCBA-00, publicado en el BO el 19/11/98.

49. Scheibler, Guillermo M., “Luces y sombras del acceso a la información en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, LL 2006-A, p. 4.

50. Ley 2145, “Ley de Amparo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, publicada en el BO el 12/01/07.

51. CCAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, “Defensoría CAyT N°1 Oficio N° 586/07 c/GCBA y otros s/Am-



en autos fue declarada abstracta, se efectúa un minucioso análisis sobre los estándares que rigen la materia, afirmándose que la publicidad de los actos de gobierno y el acceso a la información en manos de la Administración componen la regla general, y un parámetro elemental de transparencia institucional. Por lo que las restricciones a la norma constitucional deben ser interpretadas con carácter restrictivo.

Siguiendo esa línea argumental, se establece la exégesis que deberá emplearse al momento de definir el alcance de los derechos constitucionales involucrados en la relación jurídica entre el individuo que peticiona determinada información y el organismo que tiene el deber de proporcionarla, aseverando que aun cuando el artículo 2 de la Ley 104 disponga que la Administración no tiene obligación de crear o producir información que no posea al momento que se le efectuó la requisitoria, esta circunstancia no dispensa al Estado de su responsabilidad de permitir al administrado el cotejo de archivos o registros que carezcan de una categorización determinada.

A mayor abundamiento, la Alzada del fuero se ha expedido claramente en favor de este derecho fundamental e inescindible de la democracia participativa, en autos caratulados “Cosentino”,⁵² “Halfon”,⁵³ “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional”,⁵⁴ entre muchos otros.

De lo expuesto se advierte que la doctrina judicial del fuero contencioso de la Ciudad ininterrumpidamente le ha otorgado una interpretación amplia al contenido del derecho en examen, lo que es perfectamente coherente con la voluntad del legislador plasmada en la reglamentación de esta prerrogativa fundamental.

Justamente, del estudio de los casos que tramitan ante los tribunales de la Ciudad puede colegirse que se promueve un ejercicio amplísimo del derecho de acceso a la información pública, que únicamente puede ser segado por las causas que taxativamente se enumeran en la Ley 104.

En este contexto, pareciera perfectamente razonable la solución otorgada por la normativa ante la negativa de la Administración de otorgar la información requerida, es decir, una acción rápida y expedita de amparo en los términos del artículo 14 de la Constitución porteña.

paro”, sentencia del 17/04/2008.

52. CCAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, “Cosentino, María Victoria c/GCBA y otros s/Amparo”, sentencia del 21/04/2008.

53. CCAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, “Halfon, Samuel c/GCBA y otros s/Amparo por mora administrativa”, sentencia del 16/09/2008.

54. CCAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional (Reg. 6060) c/Hospital Gral. de Agudos D. Vélez Sarsfield y otros s/Amparo por mora administrativa”, sentencia del 17/02/2009.



De esta manera, el Poder Legislativo ha ratificado los principios de transparencia y publicidad de los actos de gobierno e información administrativa que necesariamente se vinculan con la probidad pública. Es con el fin de garantizar este propósito que se le ha provisto al ciudadano la posibilidad de acudir ante los tribunales de justicia con el objeto de petitionar el amparo judicial del derecho de acceso a la información, en los casos donde el órgano requerido se rehúsa a conceder lo solicitado.

En este contexto, la protección tuitiva del derecho de acceso a la información pública constituye la máxima expresión de una regla básica de cualquier Estado de derecho, como es el principio del control. Es con base en dicho estándar que se pretende garantizar, por un lado, el acceso irrestricto a la información relacionada con las actuaciones administrativas, y por el otro, una tutela judicial efectiva de derechos fundamentales.

La finalidad de este control de tipo jurisdiccional no es otra que hacer efectivo, mediante una resolución dictada en el marco de un proceso de amparo, el deber que recae sobre los organismos públicos de permitir el acceso a la información, zanjando de esta manera los conflictos de intereses que se suscitan entre la Administración y sus ciudadanos.

Ahora bien, independientemente de lo valioso que resulta el activismo judicial, no puede omitirse que el proceso regulado por Ley 2145 es simple y expedito comparado con distintos juicios ordinarios, pero muchas veces la duración de los litigios está limitada por las condiciones de ejercicio del sistema procedimental, resultando difícil de modificar sin que tales circunstancias sean vencidas.

El tiempo que insumen los procesos produce un estímulo negativo para que los ciudadanos concurren a la Justicia cuando el Estado no proporciona la información requerida. El amplio reconocimiento del Poder Judicial al derecho de acceso a la información se ve obstaculizado en diversas oportunidades por las dificultades operativas para la efectivización de las sentencias condenatorias.

El comportamiento del Estado en su carácter de demandado y el rol del Poder Judicial en relación con el cumplimiento de sus decisiones, deberían ser reinterpretados a la luz de la dimensión constitucional de este tipo de supuestos, que aconseja interpretar los procesos constitucionales como instancias de diálogo público constitucional, en los que el comportamiento leal y republicano de la administración es imperativo, y en los cuales el aseguramiento de la eficacia de las sentencias impacta en la revalorización del Poder Judicial.⁵⁵

Las consideraciones referidas son solo una síntesis de la frondosa interpretación que los tribunales locales han realizado en defensa del derecho de acceso y control. Entre

55. Maurino, Gustavo, "El acceso a la información ante los tribunales de la Ciudad. Un estudio de casos", en Scheibler, Guillermo M. (Coord.), *Acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, p. 240.



otros precedentes, los argumentos descritos fueron desarrollados en “*Moreno, Gustavo Daniel y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido*”,⁵⁶ “*Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Secretaría de Obras y Servicios Públicos s/amparo*”, “*Savlasky, Martha L. c/GCBA s/amparo*”,⁵⁷ “*La Soleada S.R.L. c/GCBA s/amparo*”⁵⁸ (art. 14 CCABA)⁵⁹ y “*Baltroc Beatriz Margarita c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)*”.⁶⁰

VI. CONCLUSIONES

Un balance sobre la tutela efectiva del derecho de acceso a la información pública y su efectivo cumplimiento en la Ciudad de Buenos Aires no puede efectuarse aisladamente sin tener presente la realidad institucional del resto del país. Por ello, no cabe duda de que más allá de las observaciones que se puedan formular al régimen vigente y respecto de su efectivo cumplimiento, la Ciudad Autónoma posee en la materia estándares muy superiores al Estado Nacional y a la mayoría de las restantes jurisdicciones, tanto por su legislación como por la encomiable actitud de sus tribunales.

Para que un derecho se verifique en la realidad no alcanza con que esté consagrado en una norma, aun cuando se trate de la Ley Fundamental. Por el contrario, para que esto ocurra resulta imprescindible que sea invocado, ejercitado y exigido por sus beneficiarios, para lo cual es necesario el conocimiento adecuado de su existencia, como también de los mecanismos disponibles que se dirigen a hacerlo efectivo.

El Estado Nacional asumió el compromiso internacional de difundir, promover y garantizar el acceso a la información. En virtud de ello, teniendo en cuenta que el cumplimiento del derecho a la información, tal como está previsto en los tratados internacionales, podría dar lugar a la responsabilidad internacional de la Nación, entendemos que resulta urgente la sanción de una ley nacional que establezca los contenidos mínimos en la materia, de manera que se encuentre garantizado el acceso al derecho a la información y preservada la responsabilidad internacional de la Nación.⁶¹

56. TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “*Moreno, Gustavo Daniel y otros c/GCBA s/amparo (Art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido*”, sentencia del 12/08/04.

57. CCAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, “*Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Secretaría de Obras y Servicios Públicos s/amparo*”, sentencia del 29/11/00.

58. CCAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, “*Savlasky, Martha L. c/GCBA s/amparo*”, sentencia del 29/12/00.

59. CCAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, CABA, “*La Soleada S. R. L. c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)*”, sentencia del 22/10/02.

60. Juzgado CAyT N° 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “*Baltroc Beatriz Margarita c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)*”, sentencia del 19/07/02.

61. Caplan, Ariel R., “*Acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*”, en Scheibler, Guillermo M., op. cit., p. 188.



El arraigo histórico de la tradición administrativa por el silencio, el secreto, la reserva y aun la errónea creencia de que el control dificulta el ejercicio del poder, permite predecir una sucesión de casos judiciales donde se controviertan los alcances y límites del derecho a la información. En su dilucidación, es dable esperar que el Poder Judicial continúe desempeñando un rol protagónico y se constituya en el motor que posibilite –primero por coacción y luego por persuasión– un cambio cultural.

Para ello, deberá comprenderse que el acceso a la información posibilita que todos los ciudadanos sean partícipes de las decisiones relativas a la cosa pública, a la vez que no es más que una nueva forma de control a cargo de la sociedad civil.⁶²

El fallo que aquí comentamos se inserta en la saludable tendencia a la transparencia y la publicidad que van adquiriendo sus rasgos definitivos poco a poco, inscribiéndose en la mejor tradición de nuestro derecho local.

62. Scheibler, Guillermo M., “Luces y sombras del acceso a la información en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, op. cit., p. 3.



15.

“SOLIZ FLORES, CELINDA Y OTROS C/GCBA S/AMPARO”

DERECHO A LA VIVIENDA

Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA

21 de octubre de 2014



EL CASO SOLIZ FLORES, CELINA Y OTROS: UNA PROTECCIÓN LIMITADA AL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA

Por Claudia Martin*

I. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO DEL CASO BAJO ANÁLISIS

El déficit habitacional en la Argentina es un problema estructural que data de largo tiempo y que ha sido reconocido e identificado como tal por instancias internacionales y nacionales. En la última revisión realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) sobre la situación de estos derechos en la Argentina, este órgano específicamente resaltó en sus conclusiones finales y recomendaciones su preocupación por el déficit habitacional que afecta al país como resultado del “desfase entre las necesidades de grandes sectores de la sociedad y la oferta de alojamiento adecuado y asequible”.¹ Igual preocupación manifestó la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada en el informe que elaboró al finalizar su visita a la Argentina en 2011, al concluir que la crisis habitacional parecía extenderse a todo el territorio argentino.² A nivel nacional, varias organizaciones no-gubernamentales han dedicado una parte importante de su trabajo a documentar la falta de acceso a una vivienda adecuada para millones de personas en la Argentina y a identificar las fallas en las políticas públicas del Estado para resolver esta crisis.³

* Co-Directora de la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y Profesora en Residencia, American University Washington College of Law.

1. Comité DESC, “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Argentina”, E/C.12/ARG/CO/3, 14 de diciembre de 2011, párr. 21. En este sentido, recomendó al Estado argentino “que adopte políticas en materia de vivienda con el fin de garantizar a todos el acceso a una vivienda adecuada y asequible, con seguridad jurídica de la tenencia. Además, exhorta al Estado parte a luchar eficazmente contra la especulación en los mercados inmobiliario, de la tierra y de la construcción, teniendo en cuenta su Observación general N° 4 (1991), sobre el derecho a una vivienda adecuada. El Comité insta también al Estado parte a que adopte medidas específicas, legislativas o de otro tipo, para que las personas que han sido víctimas de desalojos forzados puedan obtener alojamiento alternativo o una indemnización justa y equitativa de acuerdo con lo establecido en la Observación general N° 7 (1997), relativa a los desalojos forzados.

2. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, “Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho a la no discriminación en este contexto, Raquel Rolnik. Misión a Argentina”, A/HRC/19/53/Add.1, 21 de diciembre de 2011, párr. 9.

3. Véase, *inter alia*, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Derechos humanos en Argentina: Informe 2013*, Capítulo IV, “Vivienda adecuada y déficit habitacional. Intervenciones complejas y necesarias”, 1a ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013.



Aun cuando la crisis en el acceso a la vivienda es de alcance nacional, en la Ciudad de Buenos Aires esta situación parece acentuarse más profundamente dada la mayor densidad de población y la inexistencia de voluntad política de los órganos del Estado de resolverla, aun cuando existen partidas presupuestarias importantes para la implementación de políticas concretas en el sector habitacional. Según datos recientes, alrededor de 500.000 personas se encontrarían en una situación de déficit habitacional en la Ciudad.⁴ De entre ellas cerca de 275.000 vivirían en villas y asentamientos, mientras que el resto se distribuiría entre otras formas precarias de vivienda como hoteles, pensiones, casas tomadas y situación de calle.⁵

A ello debe sumarse que el gobierno local no ha adoptado medidas progresivas para revertir esta situación, sino que más bien parece haber procedido en forma regresiva al vetar medidas legislativas importantes como la prórroga de la emergencia habitacional en la Ciudad.⁶ Por otro lado existen estudios detallados demostrando que, a pesar de la asignación de partidas presupuestarias específicas para hacer frente a la crisis habitacional, el gobierno local ha tenido una práctica constante de sub-ejecutar dichos recursos.⁷

Otro factor que ha contribuido al problema habitacional de la Ciudad de Buenos Aires es la práctica de desalojos forzados impulsada tanto por actores privados como por órganos estatales.⁸ En lugar de generar políticas públicas destinadas a solucionar los problemas estructurales de falta de vivienda, la reacción de las autoridades públicas ha sido la de utilizar el derecho penal a través de la figura de la usurpación como instrumento para resolver el conflicto inmediato de recuperación de propiedades, sin tomar

4. Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, “El Derecho a la Vivienda en el Proyecto de Presupuesto 2015 en la Ciudad de Buenos Aires”, octubre 2014, p. 4.

5. *Ibíd.*

6. *Ibíd.* La Ley de Emergencia Habitacional fue adoptada por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires el 24 de julio de 2004. Véase en este sentido Verón, Natalia, “Políticas asistenciales y desalojos en la Ciudad de Buenos Aires: la producción estatal de la Emergencia habitacional”, en http://conti.derhuman.jus.gov.ar/2011/10/mesa_17/veron_mesa_17.pdf (visitado por última vez el 20 de junio de 2015). Esta ley fue posteriormente prolongada por otro período hasta noviembre de 2010. Luego de que la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires adoptó legislación para prorrogar la emergencia por un tercer período, la ley fue vetada por el Poder Ejecutivo por haberse adoptado en forma extemporánea. Véase Decreto N° 038/011, Veto de la Ley N° 3.654, del 13 de enero de 2011, en <http://www.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/leyes/anexos/dvl3654.html> (visitado por última vez el 20 de junio de 2015).

7. Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, “El Derecho a la Vivienda en el Proyecto de Presupuesto 2015 en la Ciudad de Buenos Aires”, *op. cit.*, p. 14.

8. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), “Déficit habitacional y desalojos forzosos en la ciudad de Buenos Aires: apuntes sobre una política de expulsión y desresponsabilización”, en *Derechos humanos en Argentina: Informe 2009*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2009, p. 503 y ss. Véase también, en este sentido, Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, “Los Desalojos y la Emergencia Habitacional en la Ciudad de Buenos Aires, Informe de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad 2008”, en <http://myslide.es/documents/desalojos-y-emergencia-habitacional-en-buenos-aires-defensoria-del-pueblo.html> (visitado por última vez el 30 de junio de 2015).



en consideración los derechos de las personas afectadas.⁹ Más recientemente el Poder Ejecutivo también ha impulsado el desalojo forzado a través de medidas de naturaleza administrativa. Esta práctica de desalojos forzados ha sido denunciada por la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada quien además manifestó su preocupación por la violación de los derechos de las personas afectadas, particularmente el derecho al debido proceso y a una vivienda adecuada, además de la violencia utilizada en muchos casos para ejecutar el desalojo.¹⁰ En igual sentido se pronunció el Comité DESC en sus conclusiones finales luego de evaluar el informe de Argentina.¹¹ Tanto la Relatora como el Comité realizaron recomendaciones específicas para que se revisaran las políticas de desalojos y en caso de que estos fueran justificados, su ejecución se ajustara a los parámetros internacionales sobre la materia.¹²

Por último, el problema de la precarización de la vivienda sumada a la práctica de desalojos forzados impacta en forma particularizada en los menores y adolescentes quienes resultan desproporcionadamente afectados por esta problemática.¹³ Según se ha podido comprobar, “uno de cada cuatro menores de cuatro años vive en situación de déficit habitacional y uno de cada cinco, en condiciones sumamente precarias”.¹⁴

El caso bajo análisis cuyos hechos se describirán a continuación se enmarca en este contexto de déficit habitacional que afecta a medio millón de personas en la Ciudad de Buenos Aires, quienes debido a la falta de reformas estructurales promovidas por el Estado han recurrido a la judicialización de sus reclamos a fin de encontrar una solución permanente a la situación de precariedad en materia de vivienda que los afecta.

II. HECHOS DEL CASO

El caso “Soliz Flores, Celinda y otros” se refiere a la situación de 50 familias que han ocupado por más de treinta años un edificio de propiedad de la Ciudad de Buenos Aires

9. Fava, Gabriel C. y López, Gonzalo A., “La problemática de la vivienda, la restitución anticipada de inmuebles –art. 335 CPPCBA– y los Derechos Humanos involucrados”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad de Buenos Aires*, Año 3, Nro. 5, Diciembre de 2013, pp. 175-176.

10. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, “Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Raquel Rolnik”, op. cit., párrs. 43-49.

11. Comité DESC, “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Argentina”, op. cit., párr. 21.

12. *Ibid.* Véase también Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, “Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Raquel Rolnik”, op. cit., párrs. 67-70.

13. Véase en general Musa, Laura, *Infantilización del déficit habitacional: una temática invisible: informe de actualización 2008-2011*, 1a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2013.

14. Fava, Gabriel C. y López, Gonzalo A., “La problemática de la vivienda, la restitución anticipada de inmuebles –art. 335 CPPCBA– y los Derechos Humanos involucrados”, op. cit., p. 170.



situado en Gascón 123. Según un censo producido por el Ministerio de Desarrollo Social, las familias que viven en el inmueble están compuestas por 164 personas, de las cuales 59 son menores de edad.¹⁵ El edificio, ubicado junto a las vías del Ferrocarril Sarmiento, fue construido en la década del 60, pero luego fue expropiado por Ordenanza N° 24802, adoptada durante la dictadura de Onganía, a los efectos de construir una autopista como parte del proyecto Corredor Verde.¹⁶

En 2001 las familias que habitan el edificio constituyeron la Cooperativa de Vivienda Nuevo Horizonte Ltda. y reclamaron la tenencia definitiva de la propiedad, teniendo en consideración que el proyecto para el cual el edificio se había expropiado no había prosperado.¹⁷ Asimismo, desde esa fecha funciona el comedor comunitario Casita de Belén que asiste a los niños que viven en el edificio y a otros en situación de pobreza que son derivados por escuelas públicas o centros de salud de la zona.¹⁸

En 2008 la Legislatura de la CABA sancionó la ley 2740 ordenando la desafectación del edificio de Gascón 123 de la zona comprendida por la Ordenanza 24802 y destinando el inmueble a la construcción de viviendas sociales, con prioridad para las familias que lo ocupaban al momento.¹⁹ El Poder Ejecutivo de la CABA vetó esa ley mediante Decreto 844/08 aduciendo que el edificio había sido expropiado para los efectos de la consecución del “Corredor Verde del Oeste que implica el soterramiento del ex Ferrocarril Sarmiento en algunos tramos y son las únicas reservas de tipo lineal con que cuenta la Ciudad”.²⁰ En el mismo decreto se indicaba que correspondía al Instituto de la Vivienda de la Ciudad dar una solución habitacional definitiva a los ocupantes del inmueble en cuestión.²¹ Además, mediante Decreto 272/09 se ordenó el desalojo administrativo de las familias y se puso en la cabeza del Ministerio de Desarrollo Social la obligación de proveer asistencia a las personas afectadas mediante programas sociales y habitacionales.²²

15. Ministerio Público Tutelar, Asesoría General Tutelar, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Soliz Flores, Celinda y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, p. 4.

16. Véase *Nuevo Ciclo. Periódico digital barrial*, “Desalojo en Gascón 123”, http://www.nuevociclo.com.ar/desalojo_en_gascon_123_2011.htm (visitado por última vez el 30 de junio de 2015) y Videla, Eduardo, “Dos jueces en un edificio ocupado”, *Página/12*, 7 de febrero de 2013, <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-213413-2013-02-07.html> (visitado por última vez el 30 de junio de 2015).

17. Véase *Nuevo Ciclo. Periódico digital barrial*, “Desalojo en Gascón 123”, art. cit. y *Noticias urbanas*, “Naddeo busca frenar el desalojo de 50 familias en la Comuna 5”, <http://www.noticiasurbanas.com.ar/noticias/7392f751fco9846d2e487e7b20e6773e/> (visitado por última vez el 1 de julio de 2015).

18. Véase Videla, Eduardo, “Dos jueces en un edificio ocupado”, art. cit.

19. Véase *Nuevo Ciclo. Periódico digital barrial*, “Desalojo en Gascón 123”, art. cit.

20. Decreto N° 844/GCABA/08, 11 de julio de 2008 en http://www.buenosaires.gob.ar/areas/leg_tecnica/sin/norma-popo9.php?id=119516&qu=c&ft=o&cp=&rl=1&rf=o&im=&ui=..&printi=1&pelikan=1&sezion=&primera=o&mot_toda=&mot_frase=&mot_alguna= (visitado por última vez el 1 de julio de 2015).

21. *Ibíd.*

22. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Boletín Oficial Nro. 3156, 17 de abril de 2009, p. 13, en <http://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/documentos/boletines/2009/04/20090417.pdf> (visitado por última vez el 1 de julio de 2015).



Contra el Decreto 272/09, los habitantes de Gascón 123 afectados por el potencial desalojo presentaron y solicitaron el dictado de una medida cautelar a los efectos de que se suspendiera su aplicación.²³ La jueza de primera instancia resolvió hacer lugar parcialmente a la medida cautelar solicitada y ordenar al Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires suspender la ejecución del decreto en cuestión.²⁴

Posteriormente los habitantes de Gascón 123 readecuaron su pretensión y formalizaron una acción de amparo a fin de que se declarase la nulidad y la inconstitucionalidad del decreto de desalojo administrativo y se declarase la inconstitucionalidad de la ordenanza N° 24802.²⁵ También solicitaron que se ordenase al Poder Ejecutivo adoptar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio progresivo de su derecho a una vivienda digna y adecuada.²⁶

El 7 de diciembre de 2011 la Legislatura de la Ciudad aprobó la ley 4123 en la que nuevamente se desafectaba el inmueble en conflicto de la ordenanza N° 24802 y se lo destinaba a la construcción de viviendas de carácter social.²⁷ A diferencia de la ley adoptada en 2008, en este caso no se establecía que se daría prioridad para acceso a dicha vivienda a las personas que actualmente habitaban el inmueble en cuestión. La ley 4123 también preveía que los gastos que demandara su implementación serían imputados a una partida presupuestaria establecida a tal efecto.²⁸ El Poder Ejecutivo vetó esta ley mediante el Decreto N° 82/12.²⁹

Frente a estos nuevos desarrollos en el procedimiento, la jueza de primera instancia que entendía en el amparo resolvió que la acción de amparo había devenido abstracta en tanto el decreto de desalojo había perdido vigencia mediante la aprobación de la ley 4123.³⁰ También consideró que el decreto vetando la ley había sido adoptado en forma

23. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, Sala II, “Soliz Flores, Celinda y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo”, octubre de 2014, párr. 1.

24. Ministerio Público Fiscal de la CABA, Fiscalía General, Dictamen del Fiscal General, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Soliz Flores, Celinda y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, 24 de junio de 2014, p. 2.

25. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, Sala II, “Soliz Flores, Celinda y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo”, op. cit., párr. 1.

26. *Ibíd.*

27. Ley 4123, 7 de diciembre de 2011, artículos 1 y 2, en <http://www.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley4123.html> (visitado por última vez el 5 de julio de 2015).

28. *Ibíd.*, artículo 3.

29. Decreto N° 82/12, 17 de enero de 2012, en <http://www.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/leyes/anexos/dvl4123.htm> (visitado por última vez el 5 de julio de 2015).

30. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, Sala II, “Soliz Flores, Celinda y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo”, op. cit., párr. 3.



extemporánea y por lo tanto carecía de efectos jurídicos.³¹ Esta decisión fue apelada ante la Cámara de Apelaciones por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.³²

Por otro lado, según alegaron los demandantes, la ley que aprobaba el presupuesto de la administración para el año 2013 parecía asignar una partida presupuestaria específica que debía destinarse a la construcción de viviendas sociales en Gascón 123.³³ En virtud de considerar que el Poder Ejecutivo pretendía asignar los fondos a otros destinos, la Asesoría Tutelar ante la Cámara de Apelaciones solicitó a este tribunal que se ordenase al órgano ejecutivo a presentar un plan de obra para la construcción de viviendas sociales en el inmueble situado en Gascón 123, así como un cronograma de obras necesarias y el tiempo que demandaría su ejecución. También solicitó el dictado de una medida cautelar para que se declarase la indisponibilidad de los fondos previstos en la ley de presupuesto hasta tanto se adoptara una sentencia definitiva en el amparo en trámite.³⁴ La Cámara de Apelaciones concedió la medida cautelar hasta tanto existiera un procedimiento definitivo en el caso.³⁵

Finalmente en octubre de 2014 la Cámara de Apelaciones resolvió el recurso de amparo presentado por los habitantes del inmueble de Gascón 123. La sentencia confirmó lo resuelto por la jueza de primera instancia en cuanto a la extemporaneidad del Decreto 82/12 y en consecuencia resolvió que la Ley 4123 asignando el inmueble para la construcción de viviendas sociales era válida.³⁶ También consideró que era innecesario pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ordenanza 24802 puesto que la Ley 4123 desafectaba el inmueble de Gascón 123 del proyecto de autopista para el cual había sido inicialmente expropiado.³⁷

Por otro lado la sentencia revocó la parte de la decisión de primera instancia que resolvía que el Decreto 272/09 que ordenaba el desalojo de los habitantes de Gascón 123 carecía de actualidad como resultado de la aprobación de la Ley 4123.³⁸ En su lugar, la Cámara de Apelaciones declaró la extinción del decreto de desalojo por “ilegitimidad sobreviniente” como resultado de la adopción de la Ley 4123.³⁹ En cuanto al fondo del amparo, la sentencia de la Cámara resolvió que el reclamo relativo al ejercicio progresivo

31. *Ibíd.*

32. *Ibíd.*, párr. 4.

33. Ministerio Público Fiscal de la CABA, Fiscalía General, Dictamen del Fiscal General, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Soliz Flores, Celinda y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, op. cit., pp. 3-4.

34. *Ibíd.*, p. 4.

35. *Ibíd.*

36. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, Sala II, “Soliz Flores, Celinda y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo”, op. cit., párr. 7.

37. *Ibíd.*, párr. 9.1.

38. *Ibíd.*, párr. 9.2.

39. *Ibíd.*, párrs. 9.2 y 9.3.



del derecho a una vivienda digna y adecuada giraba en torno al cumplimiento e instrumentación de la Ley 4123 y por lo tanto resultaba ajena al marco del proceso en trámite.⁴⁰ Por último, la Cámara decidió dejar sin efecto la medida cautelar ordenando la inmovilización de los fondos asignados a la Secretaría de Hábitat e Inclusión del Ministerio de Desarrollo Social por considerar que “los amparistas han obtenido adecuada salvaguarda a partir de la decisión habida respecto del Decreto 272/09 y de la vigencia de la Ley N° 4123”.⁴¹

III. ANÁLISIS DEL FALLO “SOLIZ FLORES, CELINDA Y OTROS”: ASPECTOS POSITIVOS Y FALENCIAS

El caso “Soliz Flores” se centra en el ejercicio efectivo del derecho a una vivienda digna y adecuada de las familias, incluidos los niños que habitan en forma irregular un inmueble de propiedad del Estado. Este derecho está reconocido con suficiencia y especificidad tanto en la normativa interna como en la internacional. A nivel interno, la Constitución de la Nación Argentina reconoce y garantiza el acceso a una vivienda digna en su artículo 14 bis.⁴² A partir de la reforma de 1994 se amplió el alcance de la protección de los derechos reconocidos por la Constitución al otorgársele jerarquía constitucional a varios tratados internacionales de derechos humanos ratificados por la República Argentina.⁴³ Por esta razón, en la actualidad el artículo 14 bis debe interpretarse a la luz de las cláusulas concordantes de dichos tratados, especialmente y a efectos de nuestro análisis, la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).⁴⁴

Por otro lado, el artículo 31 de la Constitución de la Ciudad de Buenos garantiza en términos amplios el derecho a la vivienda digna y adecuada.⁴⁵ Asimismo el artículo 10

40. *Ibíd.*, párr. 10.

41. *Ibíd.*, párr. 11.

42. En su parte pertinente, el artículo 14 bis establece: “En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

43. Artículo 75, inciso 22 de la Constitución de la Nación.

44. Otros instrumentos que han adquirido jerarquía constitucional y pueden ser relevantes para la protección del derecho a una vivienda adecuada incluyen la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Para un análisis más extendido de este asunto véase Etchichury, Horacio Javier, “Un Techo Razonable: El Derecho a la Vivienda en un Fallo de la Corte Suprema Argentina”, *Estudios Constitucionales*, Año 11, Nro. 2, 2013, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 737-768.

45. Específicamente el artículo 31 prevé:

“La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello:

-Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos.



incorpora todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos instrumentos al igual que las disposiciones de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires deben interpretarse de buena fe.⁴⁶

A nivel internacional el derecho a la vivienda adecuada se encuentra protegido en varios instrumentos de derechos humanos, especialmente y en lo que importa para nuestro análisis en el PIDESC y en la CDN.⁴⁷ El artículo 11 del PIDESC garantiza el acceso a una vivienda adecuada en el marco del derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, razón por la cual el Comité DESC, que supervisa el cumplimiento de las obligaciones de este tratado por los Estados partes, le ha asignado una importancia fundamental para garantizar el disfrute de otros derechos que forman parte de esta noción comprensiva de vida adecuada, que incluye el derecho a la alimentación, vestido y a una mejora continua de las condiciones de existencia.⁴⁸ En este marco, el alcance del derecho a una vivienda adecuada debe interpretarse en un sentido amplio y descartarse concepciones restrictivas que lo reducen al “cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad”.⁴⁹ El Comité DESC define el derecho a la vivienda adecuada “como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte”.⁵⁰ Por otro lado, para la determinación de si una vivienda es adecuada a los efectos de cumplir con los estándares del PIDESC deben tenerse en consideración los siguientes elementos: 1) Seguridad jurídica de la tenencia; 2) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; 3) Gastos soportables; 4) Habitabilidad; 5) Asequibilidad; 6) Lugar; y 7) Adecuación cultural.⁵¹

En cuanto a la noción de seguridad jurídica de la tenencia, esta se entiende como “la tenencia de tierras y/o una vivienda que permite disponer de un hogar seguro y vivir en condiciones de seguridad, paz y dignidad”.⁵² El Comité DESC ha claramente señalado

-Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva.

-Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones”.

46. Artículo 10 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

47. Otros instrumentos aplicables a la Argentina que protegen el derecho a la vivienda incluyen la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25.1); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 11); Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14.2); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (art. 43.3).

48. Comité DESC, “Observación General N° 4. El derecho a una vivienda adecuada” (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), 1991, párr. 1.

49. *Ibíd.*, párr. 7.

50. *Ibíd.*

51. *Ibíd.*, párr. 8.

52. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, “Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecua-



que “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. Por consiguiente, los Estados partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.⁵³ Por otro lado de la práctica consistente de varios órganos de Naciones Unidas, la seguridad de la tenencia deber tener un carácter jurídico o legal.⁵⁴

La seguridad jurídica de la tenencia como una garantía contra el desalojo forzoso fue retomada por el Comité DESC en el Comentario General N° 7.⁵⁵ En este nuevo comentario el Comité concluyó que el desalojo forzado es *prima facie* incompatible con los estándares contemplados por el PIDESC.⁵⁶ También señaló que la adopción de leyes contra el desalojo forzado constituye una de las medidas más eficaces para crear un sistema de protección efectiva.⁵⁷ En el caso concreto de Argentina, el Comité DESC recomendó al Estado “a que adopte medidas específicas, legislativas o de otro tipo, para que las personas que han sido víctimas de desalojos forzados puedan obtener alojamiento alternativo o una indemnización justa y equitativa”.⁵⁸

Aunque el Comité reconoció que existen situaciones que podrían justificar la necesidad de realizar un desalojo, los afectados deberán tener acceso a un recurso efectivo en el que se les garantice normas mínimas de debido proceso, incluidos: “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 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 este 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

da como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Raquel Rolnik”, A/HRC/22/46, 24 de diciembre de 2012, párr. 23.

53. Comité DESC, “Observación General N° 4”, op. cit., párr. 8 (a).

54. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, “Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Raquel Rolnik”, op. cit., párr. 48.

55. Comité DESC, “Observación general N° 7. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzados”, 1997.

56. *Ibíd.*, párr. 1.

57. *Ibíd.*, párr. 9.

58. Comité DESC, “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Argentina”, op. cit., párr. 21.



recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales”.⁵⁹ En cualquier caso, cuando las personas desalojadas carezcan de medios para procurarse otro lugar para vivir, los Estados deberán adoptar, dentro del alcance de sus recursos, todas las medidas necesarias para garantizar el acceso a una vivienda digna o a tierras productivas, según corresponda.⁶⁰

Aun cuando el artículo 2 del PIDESC introduce la noción de implementación progresiva de los derechos garantizados en este tratado, el Comité DESC ha establecido claramente que ciertas obligaciones contempladas en este instrumento son de aplicación inmediata,⁶¹ es decir que deben ser respetadas en su totalidad desde la ratificación del tratado y no están sujetas a la disponibilidad de recursos. Dentro de estas normas se incluyen la prohibición del desalojo forzado⁶² y la obligación de garantizar un nivel mínimo de seguridad de la tenencia a todos los ciudadanos.⁶³

En relación a la protección del derecho a la vivienda adecuada de los niños, la Convención de los Derechos del Niño (CDN) establece que los Estados deben realizar un esfuerzo especial para garantizar a los niños el acceso a una vivienda adecuada. Especialmente el artículo 27.1 de ese tratado prevé que: “Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”. En forma complementaria, el artículo 27.3 estipula 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 (...) proporcionando asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”. A la luz de estas disposiciones y sobre la base del principio de indivisibilidad, se ha considerado que cuando se viola el derecho de los niños a la vivienda adecuada, también se transgreden otros derechos fundamentales como el derecho a la salud y el derecho a la educación.⁶⁴

El Comité de los Derechos del Niño (Comité DN) ha reconocido que las interpretaciones del Comité DESC son complementarias para la interpretación del instrumento que supervisa, particularmente en lo relacionado con los derechos económicos, sociales

59. *Ibíd.*, párr. 15.

60. *Ibíd.*, párr. 16.

61. Comité DESC, “Observación general N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados partes” (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 1990, párr. 1.

62. Comité DESC, “Observación general N° 7”, *op. cit.*, párr. 8.

63. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, “Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Raquel Rolnik”, *op. cit.*, párr. 49.

64. Asesoría General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires, “El rol del Poder Ejecutivo en el diseño e implementación de políticas públicas relacionadas con los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. Análisis de los dispositivos de emergencia habitacional local como caso de estudio”, *Documento de Trabajo*, Nro. 7, p. 13.



y culturales.⁶⁵ En este sentido, el Comité DESC ha resaltado la obligación de los Estados de asegurar medidas especiales de protección en el acceso a la vivienda a los grupos más vulnerables, incluidos los niños.⁶⁶ La prohibición contra el desalojo forzado es también una medida que requiere de una protección reforzada cuando se trata de niños u otros grupos vulnerables, teniendo en consideración el principio de no discriminación aplicable al ejercicio de todos los derechos protegidos por el PIDESC.⁶⁷ En igual manera, la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada ha subrayado la obligación de los Estados de ofrecer una protección especial a los grupos vulnerables en relación al derecho a la seguridad jurídica de la tenencia.⁶⁸

El marco jurídico descripto contextualiza las obligaciones nacionales e internacionales que en materia de derecho a una vivienda digna y adecuada debía haber tomado en consideración la Cámara de Apelaciones que resolvió el amparo presentado por los afectados en el caso bajo análisis. En particular estaban en disputa, por un lado, la amenaza de un desalojo forzoso fundado en una medida administrativa adoptada por el Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires y por el otro, la aplicación de una ley sancionada por la Legislatura de la misma Ciudad –vetada por el Poder Ejecutivo– que intentaba asegurar el derecho de los afectados a la seguridad jurídica de la tenencia del inmueble que habían habitado por treinta años.

Antes de realizar un análisis más profundo de las consecuencias jurídicas de la sentencia, sin embargo, es relevante señalar que el tribunal de apelación que resolvió el amparo no hizo referencia en ningún momento a los estándares nacionales e internacionales en materia de derecho a una vivienda digna y adecuada. Ciertamente la competencia del tribunal es contencioso administrativa y no constitucional, pero aun en la determinación de las obligaciones del Estado en materia de administración se afectan derechos individuales y colectivos, por lo que la resolución de las causas a la luz de estándares constitucionales y de derecho internacional de los derechos humanos contribuye a consagrar el alcance de estas normas a efectos de que, en futuras acciones, el Estado pueda guiar sus actos administrativos en base a estas interpretaciones.

De todos modos y aun sin la utilización de estándares constitucionales e internacionales y haciendo únicamente un control de legalidad de las normas en este caso, la Cámara a través de su resolución ofreció una protección parcial del derecho a la vivienda de los afectados, al menos en relación a la prohibición del desalojo forzado. Efectivamente

65. Comité DN, “Observación General N° 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño” (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, párr. 5.

66. Comité DESC, “Observación General N° 4”, op. cit., párrs. 8 (e) y 11.

67. Comité DESC, “Observación general N° 7”, op. cit., párr. 10.

68. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, “Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Raquel Rolnik”, op. cit., párr. 50.



como se señaló con anterioridad, la Cámara, a diferencia del tribunal inferior, resolvió que el Decreto 272/09 que ordenaba el desalojo de los habitantes de Gascón 123 estaba derogado por “ilegitimidad sobreviniente” como resultado de la adopción de la Ley 4123, que asignaba el inmueble en conflicto a la construcción de viviendas sociales. A través de esta conclusión, el tribunal garantizó que no existiera posibilidad legal alguna de que la amenaza de un desalojo pudiera “resucitarse” por el Poder Ejecutivo a través de una nueva acción administrativa o judicial. Por lo tanto, el tribunal aseguró el cumplimiento de la obligación inmediata del Estado de no proceder a desalojos forzados en circunstancias en las cuales las víctimas carecen de alternativas habitacionales inmediatas y sobre todo cuando entre los afectados existen niños, dada la protección reforzada que este grupo requiere por su naturaleza de población vulnerable. De igual manera, la sentencia de la Cámara protegió la obligación inmediata de garantizar el acceso a un recurso efectivo a las personas afectadas por la inminencia de un desalojo, como requieren los estándares internacionales que surgen del PIDESC y las interpretaciones que de ellos ha hecho el Comité DESC.

En segundo lugar, la sentencia de la Cámara fue muy limitada en su alcance y no protegió efectivamente el derecho de los habitantes de Gascón 123 a la seguridad jurídica de la tenencia. Aun cuando el tribunal declaró la extemporaneidad del Decreto N° 82/12 y con ello confirmó la vigencia de la ley 4123, su decisión de no avanzar más sobre el tema de fondo del amparo, es decir sobre el ejercicio efectivo del derecho a una vivienda digna y adecuada, dejó a las víctimas en una situación de precariedad habitacional que se contrapone a las normas nacionales y a las obligaciones internacionales que el Estado argentino ha asumido en esta materia y a la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina que las ha interpretado.⁶⁹ Esto así porque aunque la ley 4123 asigna el inmueble para la construcción de viviendas sociales, esta no le otorga prioridad de acceso a quienes lo habitan actualmente.

Es posible que la posición del tribunal esté fundada en una apreciación limitada de su rol en cuanto a la protección de derechos económicos y sociales, dada la interpretación errónea de muchos órganos judiciales que consideran que la implementación de estos derechos requiere en todo caso una determinación sobre la asignación de recursos financieros, en violación de la teoría de la división de poderes.⁷⁰ Aun cuando el rol del po-

69. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, 24 de abril de 2012, en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad de Buenos Aires*, Nro. 3, agosto de 2012, p. 105 y ss.

70. Esta ha sido entre otras la crítica a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la Ciudad de Buenos Aires en relación a la aplicación del derecho a una vivienda digna y adecuada. Véase en este sentido, Constante, Liliana B., “Sobre el Derecho Humano a la vivienda: a propósito del lamentable fallo del Tribunal Superior de Justicia en el caso ‘Alba Quintana’”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad de Buenos Aires*, Nro. 1, marzo 2011, p. 75 y ss.; Christe, Graciela Elena, “Derecho a la vivienda digna y Defensa Pública. La morfología de nuevas formas de hábitat y los derechos retaceados”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad de Buenos Aires*, Nro. 2, diciembre 2011, pp. 28-29.



der judicial en materia de elaboración de políticas públicas sobre derechos económicos y sociales –como el derecho a la vivienda– y la correspondiente asignación de recursos para su implementación continúa siendo un tema ampliamente debatido en la doctrina y jurisprudencia,⁷¹ la decisión sobre el fondo en el caso “Soliz Flores” no requería en principio que la Cámara se pronunciara sobre este tema para garantizar el derecho a la seguridad jurídica de la tenencia de los afectados.

Como se señaló con anterioridad, la obligación de los Estados partes de adoptar medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que carezcan de dicha protección es de naturaleza inmediata, es decir que no está sujeta necesariamente a la disponibilidad y asignación de recursos por parte del órgano administrador. Entre estas medidas se encuentra la obligación de proveer a los afectados un recurso efectivo en casos en los cuales los órganos administrativos no adopten “medidas adecuadas y oportunas para hacer frente a la inseguridad de la tenencia de los pobres de las zonas urbanas”.⁷² Según el comentario a los Principios rectores sobre la seguridad de la tenencia para los pobres de las zonas urbanas elaborados por la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada, cuando “el Estado, de manera injustificada, no adoptara las medidas adecuadas y oportunas para dar respuesta a la inseguridad de la tenencia, y teniendo en cuenta la utilización por parte del Estado de los recursos disponibles, entre las opciones de reparación cabría considerar un mandamiento judicial para diseñar y ejecutar un plan de acción razonable orientado a asegurar la tenencia de los grupos agraviados”.⁷³

Por lo tanto, a la luz de estos principios, en el caso bajo análisis, la Cámara debió como parte del amparo ordenar al Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires el diseño de un plan de implementación y ejecución de lo dispuesto en la ley 4123, para cumplir con la protección efectiva del derecho a la vivienda adecuada y a la seguridad legal de la tenencia de los afectados. Ello así porque está demostrado en la historia del caso que el Poder Ejecutivo ha actuado de forma injustificada en otras instancias en las cuales se presentaron opciones para resolver la situación habitacional de las personas que viven en el inmueble de Gascón 123. En particular debe resaltarse la adopción de un veto para impedir la aplicación de una ley anterior que ordenaba la construcción de viviendas sociales en dicho edificio y el otorgamiento prioritario a las personas que lo habitaban y el intento de vetar nuevamente la ley 4123. Ambas acciones demuestran una decisión política del Estado de obstaculizar la regularización de la situación habitacional de los afectados,

71. Véase en este sentido Gargarella, Roberto y Maurino, Gustavo, “Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del TSJC”, en *Lecciones y Ensayos*, Nro. 89, 2011, pp. 329-350.

72. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, “Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Raquel Rolnik”, A/HRC/25/54, 30 de diciembre de 2013, “Principios rectores sobre la seguridad de la tenencia para los pobres de las zonas urbanas”, “Principio 10 (c), Asegurar el acceso a la justicia”, p. 7.

73. *Ibíd.*, párr. 81.



quizás con la intención de no crear un precedente que permita a otras comunidades en situaciones parecidas presentar reclamos similares.

A ello debe sumarse que en este caso se encontraban afectados un número considerable de niños y adolescentes para cuya protección el Estado tiene una obligación de redoblar esfuerzos, dada su especial situación de vulnerabilidad. La Cámara debió haber tomado en consideración esta obligación reforzada al momento de decidir sobre el fondo del asunto puesto que el acceso a la vivienda constituye un piso esencial para el acceso de los niños a la protección de otros derechos fundamentales como la salud y la educación.

La solución planteada además de ser acorde con los estándares de derecho internacional sobre vivienda adecuada a los que está obligada la Argentina también se ajusta a la interpretación que de este derecho ha realizado la Corte Suprema Argentina en el caso “Quispe c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”. En dicho caso, la Corte resaltó que el derecho a la vivienda adecuada garantizada en el derecho interno por la Constitución Nacional y por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires es una norma operativa con vocación de efectividad.⁷⁴ Para garantizar dicha efectividad, el Estado tiene una obligación de reglamentarlos, es decir, de “darles todo el contenido que [la Constitución] les asigne”.⁷⁵ Aunque esta operatividad no es directa, en el sentido de otorgar a todos los ciudadanos el derecho de reclamar el acceso a una vivienda digna por vía judicial,⁷⁶ la misma es derivada puesto que establece en cabeza del Estado obligaciones claras de hacer.⁷⁷ La implementación y ejecución de estas obligaciones les corresponden en primer lugar al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, mientras que el rol del Poder Judicial queda circunscripto a controlar la razonabilidad de las medidas que se adopten y la protección efectiva que ellas otorguen.⁷⁸ Por otro lado, este rol no es pasivo porque el control de razonabilidad también opera frente al ocio legislativo o la inacción del órgano ejecutivo cuando existen situaciones de vulnerabilidad concretas que afectan en forma esencial un derecho como el de la vivienda.⁷⁹ Por lo tanto, la inacción del Poder Ejecutivo de actuar en el caso bajo análisis podría haber sido considerada por la Cámara como una medida irrazonable y como resultado podría haberle ordenado a este la adopción de un plan concreto para implementar la ley, a efectos de dar protección efectiva al derecho a la vivienda digna y adecuada de las víctimas.

74. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, op. cit., párr. 10.

75. *Ibíd.*

76. *Ibíd.*, par. 11.

77. *Ibíd.*, párr. 12.

78. *Ibíd.*

79. Pennella, Silvina, “La operatividad del derecho a la vivienda en la exégesis constitucional de la Corte Suprema. El control de razonabilidad y los estándares aplicados en el caso Q. C. S. Y.”, en *Papeles de Trabajo*, Nro. 11, “El fallo Quisberth Castro y el derecho a una vivienda adecuada en la Ciudad de Buenos Aires”, Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, 2012, p. 50.



Por último, aunque no existen precedentes extensivos sobre la interpretación de todas las cláusulas del artículo 31 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, la Cámara podría haberle dado contenido al párrafo 2 de dicha disposición, que establece: “Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva”. Esta cláusula interpretada a la luz de las disposiciones internacionales descriptas con anterioridad y la jurisprudencia que ha emanado de la Corte Suprema de la Nación hubieran permitido al tribunal que entendió en el caso “Soliz Flores” analizar el fondo del asunto y adoptar medidas efectivas para que los habitantes del inmueble de Gascón 123 tuvieran garantizado un nivel mínimo de seguridad legal de la tenencia.

Es importante resaltar que la interpretación propuesta del derecho a la seguridad jurídica de la tenencia no requería que la Cámara obligara al Poder Ejecutivo a asignar recursos específicos, sino que le ordenase tomar medidas concretas para implementar y ejecutar una ley que ya estaba en vigor y que tenía por exclusiva función la protección del derecho a la vivienda de las personas afectadas en el caso. La obligación del Estado de proveer recursos para la protección de ciertos derechos económicos y sociales, en la medida de su disponibilidad, surge de otras normas nacionales e internacionales,⁸⁰ por lo que no se podría alegar que una sentencia de la Cámara obligando al Estado “a implementar” las obligaciones de la ley 4123 crease mandatos nuevos en violación del principio de la división de poderes.

IV. CONCLUSIÓN

La sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires en el caso “Soliz Flores, Celinda y otros” tiene aspectos positivos y negativos en cuanto a la protección efectiva del derecho a la vivienda digna de los habitantes del inmueble localizado en Gascón 123. Si bien en principio la sentencia contribuye en forma contundente a eliminar la amenaza constante del desalojo forzado y de esta forma garantiza un aspecto fundamental del derecho a la vivienda adecuada, por el otro, la Cámara, al rechazar la consideración del fondo del asunto, deja librada a la buena voluntad de los administradores de la Ciudad la implementación de una ley que tiene por objeto asegurar la tenencia legal de la vivienda que habitan los afectados.

Las normas jurídicas nacionales e internacionales, así como la jurisprudencia nacional y la práctica internacional, le daban suficientes fundamentos al tribunal para ir un paso más adelante y ordenar al Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires que adopte un plan concreto de implementación de la ley cuya ejecución pudiera estar sujeta a

80. Véase, *inter alia*, el artículo 2 del PIDESC y el artículo 17 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.



revisión judicial. Una medida de esta naturaleza no hubiera violado el principio de la división de poderes porque la adopción de la ley no fue ordenada por la Justicia sino que fue adoptada voluntariamente por el Poder Legislativo local. Por otro lado, el tribunal debería haber considerado las especiales características de este caso, en el cual el Poder Ejecutivo de la Ciudad no había demostrado ninguna voluntad de resolver el problema habitacional de los habitantes de Gascón 123 sino que más bien había utilizado todas las herramientas jurídicas posibles, incluso el veto de leyes, para obstaculizarlo. La protección judicial efectiva del derecho a la vivienda adecuada en este caso requería más; lamentablemente la Cámara al no resolver sobre el fondo del asunto dejó inconcluso el reclamo y condenó a los afectados a seguir viviendo en una situación de precariedad habitacional hasta tanto y en cuanto el órgano administrador de la Ciudad se disponga, si lo hace, a implementar la ley 4123.



QUINCE AÑOS, QUINCE FALLOS

Colección Jurisprudencia

Edición digital actualizada
en enero de 2016



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura