

CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES EDICIÓN COMENTADA

Directora: Marcela I. Basterra

Editores: Enzo L. Pagani y Alejandro G. Fernández

Prólogo de Horacio D. Rosatti

COAUTORES

Amaya	Fernández Valle	Moreno	Saba
Amor	Ferrazzuolo	Naveira de Ca-	Sabsay
Astarloa	Gauna	sanova	Sacristán
Ayuso	Gil Domínguez	Nenci	Sagüés
Basterra	Gómez E.	Ocampo	Salvatelli
Béguelin	Gómez P.	Oliveto Lago	Scheibler
Berra	González Tocci	Otheguy	Schulman
Bianchi	Gozaíni	Pagani	Segón
Bosch	Heller	Palazzo	Spota
Converset	Ibarra	Pegoraro	Telias
Corti	Juan Lima	Peluffo	Thau
Corvalán	Lago	Perícola	Torre, de la
Dabove	Larrea	Petrella	Trionfetti
De Giovanni	Lázzaro	Presti	Vázquez
De Langhe	López Alfonsín	Recalde	Vítolo
De Stefano	Luques	Reynoso	Vivo
Díaz	Macchiavelli	Rinaldi	Wajntraub
Eljatib	Martínez	Rodríguez	
Fernández A.	Michielotto	Masdeu	
Fernández V.	Móllica Lourido	Rossi	





www.editorial.jusbaire.gob.ar
editorial@jusbaire.gob.ar
fb: /editorialjusbaire
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320

Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Constitución,
Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición comentada /
comentarios de Daniel A. Sabsay... [et al.]; dirigido por Marcela I. Bastera;
editado por Enzo L. Pagani; Alejandro G. Fernández; prólogo de Horacio D.
Rosatti. – 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2016.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-4057-36-5

I. Constitución. I. Sabsay, Daniel A., com. II. Bastera, Marcela I., dir. III.
Pagani, Enzo L., ed. IV. Fernández, Alejandro G., ed. V. Rosatti, Horacio Da-
niel, prolog. VI. Título.

CDD 342

© Editorial Jusbaire, 2017

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Consejo Editorial

Presidenta

Vanesa Ferrazzuolo

Miembros

Marcela I. Bastera

Alejandro Fernández

Lidia Ester Lago

Fernando Bosch

Fabiana H. Schafrik de Nuñez

Alejandra García

Coordinación de Contenidos

Ma. Alejandra Perícola

Daiana P. Fernández; Fabiana S. Cosentino; María del Carmen Calvo

Corrección: Mariana Palomino; Florencia Parodi; Luis Schiebeler; Daniela Donni

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga

Maquetación: Carla Famá; Gonzalo Cardozo

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Geogrotesque* del tipógrafo argentino Eduardo Manso y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.



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

Autoridades 2017

Presidenta

Marcela I. Basterra

Vicepresidente

Alejandro Fernández

Secretaria

Lidia Ester Lago

Consejeros

Silvia Bianco

Vanesa Ferrazzuolo

Juan Pablo Godoy Vélez

Darío Reynoso

Javier Roncero

Marcelo Vázquez

Administrador General

Alejandro Rabinovich

ÍNDICE

PRÓLOGO

Horacio Rosatti.....	17
----------------------	----

PREÁMBULO

Enzo Luis Pagani, El Preámbulo de la Ley Fundamental porteña.....	25
---	----

TÍTULO PRELIMINAR - CAPÍTULO PRIMERO - PRINCIPIOS

Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7

Daniel Alberto Sabsay, Principios fundamentales para la interpretación, aplicación y cumplimiento de la Constitución porteña	31
--	----

CAPÍTULO SEGUNDO - LÍMITES Y RECURSOS

Artículos 8 y 9

Sergio D. A. Thau, Los límites territoriales y los recursos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	41
--	----

LIBRO PRIMERO - DERECHOS, GARANTÍAS Y POLÍTICAS ESPECIALES

INTRODUCCIÓN

Andrés Gil Domínguez, La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [1996-2016]: veinte años de derechos, garantías y políticas especiales.....	61
---	----

TÍTULO PRIMERO - DERECHOS Y GARANTÍAS

Artículo 10

Estela B. Sacristán, Derechos y garantías en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	79
---	----

Artículo 11	
Roberto Saba , El principio de igualdad en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.....	95
Artículo 12, inciso 1	
Pablo A. De Giovanni , El derecho a la identidad.....	117
Artículo 12, inciso 2	
Marcela I. Bastera , La libertad de expresión y el derecho de acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	125
Artículo 12, inciso 3	
Marcela I. Bastera , Derecho a la intimidad, privacidad y confidencialidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	141
Artículo 12, inciso 4	
Elisabeth I. Berra , La libertad de conciencia en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	157
Artículo 12, inciso 5	
Elisabeth I. Berra , La garantía de inviolabilidad de la propiedad privada en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	173
Artículo 12, inciso 6	
Marcela I. Bastera , El derecho fundamental de acceso a la Justicia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	187
Artículo 13	
Aníbal Ibarra , Límites al poder coactivo del Estado.....	202
Artículo 14	
Oswaldo Alfredo Gozaíni , El amparo en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	214

Artículo 15	
Juan Sebastián De Stefano , El hábeas corpus en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	232
Artículo 16	
Oswaldo Alfredo Gozaíni , El hábeas data en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	238
TÍTULO SEGUNDO - POLÍTICAS ESPECIALES	
CAPÍTULO PRIMERO - DISPOSICIONES COMUNES	
Artículos 17, 18 y 19	
Víctor Rodolfo Trionfetti , Instrucciones para evitar el naufragio.....	263
CAPÍTULO SEGUNDO – SALUD	
Artículos 20, 21 y 22	
Alejandra Petrella , Derecho a la salud.....	273
CAPÍTULO TERCERO - EDUCACIÓN	
Artículos 23, 24 y 25	
Remisión: Introducción al Libro Primero, Artículo 11, Artículo 12 inciso 5.....	302
CAPÍTULO CUARTO - AMBIENTE	
Artículos 26, 27, 28, 29 y 30	
Marcelo López Alfonsín y Elisabeth I. Berra , La protección constitucional ambiental en la Ciudad es más estricta que la tutela federal.....	304
CAPÍTULO QUINTO – HÁBITAT	
Artículo 31	
Leandro Abel Martínez , El derecho a una vivienda digna.....	355

CAPÍTULO SEXTO - CULTURA

Artículo 32

María Lorena González Tocci , Dimensiones de los derechos culturales de la Constitución porteña.....	366
---	-----

CAPÍTULO SÉPTIMO - DEPORTE

Artículo 33

María Laura Peluffo , El derecho al deporte y las actividades físico-recreativas.....	372
--	-----

CAPÍTULO OCTAVO - SEGURIDAD

Artículos 34 y 35

Marcela V. De Langhe, Fernando Bosch y José R. Béguelin , La seguridad pública.....	380
--	-----

CAPÍTULO NOVENO - IGUALDAD ENTRE VARONES Y MUJERES

Artículo 36

Patricia Gómez , Igualdad real y acciones afirmativas. Acerca del artículo 36 de la Constitución de la CABA.....	401
---	-----

Artículo 37

Mariano Fernández Valle , Los derechos sexuales y reproductivos.....	413
---	-----

Artículo 38

Aluminé Moreno y Felicitas Rossi , Políticas públicas con perspectiva de género.....	429
---	-----

CAPÍTULO DÉCIMO - NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Artículo 39

Nora Schulman y Ana Ayuso , Los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires.....	443
--	-----

CAPÍTULO UNDÉCIMO - JUVENTUD

Artículo 40

Marcelo Juan Segón, Inserción política y social de la juventud..... 459

CAPÍTULO DUODÉCIMO - PERSONAS MAYORES

Artículo 41

María Isolina Dabove, Derechos, libertades e igualdad en la vejez:
un nuevo desafío de las acciones positivas..... 467

CAPÍTULO DECIMOTERCERO - PERSONAS CON NECESIDADES ESPECIALES

Artículo 42

Alfredo M. Vítolo, El programa constitucional de protección de los
más necesitados..... 483

CAPÍTULO DECIMOCUARTO - TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Artículos 43, 44 y 45

Darío Reynoso, El derecho del trabajo como un derecho
fundamental..... 490

CAPÍTULO DECIMOQUINTO - CONSUMIDORES Y USUARIOS

Artículo 46

Javier Hernán Wajntraub, Los derechos de los consumidores y
usuarios..... 532

CAPÍTULO DECIMOSEXTO - COMUNICACIÓN

Artículo 47

Fernando E. Juan Lima, Comunicación..... 546

CAPÍTULO DECIMOSÉPTIMO - ECONOMÍA, FINANZAS Y PRESUPUESTO

Artículos 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54 y 55

Vanina V. Fernández y Gustavo J. Naveira de Casanova,

Las potestades de regulación económica, financiera y crediticia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires..... 554

CAPÍTULO DECIMOCTAVO - FUNCIÓN PÚBLICA

Artículos 56 y 57

Juan Gustavo Corvalán, Comentario a los artículos 56 y 57 de la Constitución de la Ciudad..... 664

CAPÍTULO DECIMONOVENO - CIENCIA Y TECNOLOGÍA

Artículo 58

María Cecilia Recalde, Investigación científica e innovación tecnológica..... 681

CAPÍTULO VIGÉSIMO - TURISMO

Artículo 59

María Laura Peluffo, El derecho al turismo como un derecho económico, social y cultural..... 698

LIBRO SEGUNDO - GOBIERNO DE LA CIUDAD

INTRODUCCIÓN

Eugenio Luis Palazzo, El Gobierno de la Ciudad..... 707

TÍTULO PRIMERO - REFORMA CONSTITUCIONAL

Artículo 60

Cecilia María de la Torre, El poder constituyente reformador y el artículo 60 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires..... 716

TÍTULO SEGUNDO – DERECHOS POLÍTICOS Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Artículo 61

Gustavo A. Vivo, Los partidos políticos..... 735

Artículo 62

Jorge Alejandro Amaya, Los derechos políticos..... 749

Artículo 63

Jorge Alejandro Amaya, Audiencias públicas..... 760

Artículo 64

Jorge Alejandro Amaya, Iniciativa popular..... 771

Artículo 65

Vanesa Ferrazzuolo, Democracia participativa
Referéndum obligatorio y vinculante..... 778

Artículo 66

Vanesa Ferrazzuolo, Consulta popular no vinculante..... 787

Artículo 67

Vanesa Ferrazzuolo, Revocatoria popular..... 795

TÍTULO TERCERO – PODER LEGISLATIVO

INTRODUCCIÓN

Martín Ocampo, La Legislatura local. Un repaso por sus
atribuciones fuertes, el fortalecimiento democrático y su mayor
legitimidad política..... 804

CAPÍTULO PRIMERO – ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

Artículos 68 y 69

María Alejandra Perícola, Composición y sistema electoral del
Poder Legislativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires..... 818

Artículos 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78 y 79

Daniel Agustín Presti, Comentario a los artículos 70 a 79 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires..... 839

CAPÍTULO SEGUNDO – ATRIBUCIONES

Artículos 80, 81, 82, 83 y 84

Daniel Rodríguez Masdeu y María Gracia Nenci, La Constitución analizada desde el aporte del legislador..... 849

CAPÍTULO TERCERO - SANCIÓN DE LAS LEYES

Artículos 85, 86, 87 y 88

Luciano Leandro H. Rinaldi, El procedimiento general para la sanción de leyes en la Ciudad de Buenos Aires..... 936

Artículos 89 y 90

Lidia Ester Lago, Democracia participativa. El procedimiento de doble lectura..... 947

Artículo 91

Martín M. Converset, Los decretos de necesidad y urgencia y su procedimiento legislativo..... 964

CAPÍTULO CUARTO - JUICIO POLÍTICO

Artículos 92, 93 y 94

Mariano Heller y Mara Pegoraro, El juicio político: definición general, naturaleza jurídica y antecedentes..... 975

TÍTULO CUARTO – PODER EJECUTIVO

INTRODUCCIÓN

Alberto B. Bianchi, El Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, ¿un Poder Ejecutivo fuerte o débil?..... 987

CAPÍTULO PRIMERO – TITULARIDAD

Artículos 95, 96 y 97

Alejandra Lázzaro, Poder Ejecutivo..... 1023

Artículos 98 y 99

Elena I. Gómez, Mandato del Jefe o Jefa de Gobierno y Vicejefe o Vicejefa de Gobierno, duración, reelección, incompatibilidades, inmunidades, revocatoria y acefalía..... 1038

CAPÍTULO SEGUNDO – GABINETE

Artículos 100 y 101

María de las Nieves Macchiavelli, El gabinete de ministros y su responsabilidad..... 1048

CAPÍTULO TERCERO – ATRIBUCIONES Y DEBERES

Artículo 102

Estela B. Sacristán, El Poder Ejecutivo: una mirada liminar..... 1060

Artículo 103

María Ximena Luques, La regulación de los decretos de necesidad y urgencia y los controles institucionales..... 1072

Artículo 104

Estela B. Sacristán, Atribuciones y facultades del Poder Ejecutivo.... 1082

Artículo 105

Estela B. Sacristán, Deberes del Poder Ejecutivo..... 1104

TÍTULO QUINTO – PODER JUDICIAL

INTRODUCCIÓN

Marcelo Pablo Vázquez, El Poder Judicial como medida de la autonomía..... 1116

CAPÍTULO PRIMERO – DISPOSICIONES GENERALES

Artículos 106 y 107

Cecilia Mónica Lourido, Organización y competencia del Poder Judicial de la Ciudad..... 1129

Artículos 108, 109 y 110

María Sofía Sagúés, La independencia del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires: un delicado balance entre garantías clásicas e innovadoras..... 1165

CAPÍTULO SEGUNDO – TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Artículos 111, 112, 113 y 114

Mariana Díaz, El Tribunal Superior de Justicia y el control de constitucionalidad mixto..... 1183

CAPÍTULO TERCERO – CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Artículos 115, 116 y 117

Juan Octavio Gauna, El Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires..... 1205

CAPÍTULO CUARTO – TRIBUNALES DE LA CIUDAD

Artículos 118, 119 y 120

María Soledad Larrea, Dime qué jueces tienes y te diré qué Estado de Derecho hay..... 1228

CAPÍTULO QUINTO – JURADO DE ENJUICIAMIENTO

Artículos 121, 122 y 123

Alberto Spota, Jurado de Enjuiciamiento: función e integración, causales y procedimiento de remoción..... 1243

CAPÍTULO SEXTO – MINISTERIO PÚBLICO

Artículos 124, 125 y 126

Horacio G. Corti, Axel O. Eljatib y Javier J. Telias, El Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: independencia, organización y funciones en el sistema actual..... 1251

TÍTULO SEXTO - COMUNAS

Artículos 127, 128, 129, 130 y 131

Ana Salvatelli y Guillermo Scheibler, Las comunas: el desafío pendiente de una descentralización participativa.....	1267
--	-------------

TÍTULO SÉPTIMO – ÓRGANOS DE CONTROL

CAPÍTULO PRIMERO – DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 132

Paula Oliveto Lago, Reflexiones sobre el control integral e integrado en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.....	1333
---	-------------

CAPÍTULO SEGUNDO – SINDICATURA GENERAL

Artículo 133

Osvaldo Otheguy, El sistema de control interno de la Ciudad de Buenos Aires.....	1343
---	-------------

CAPÍTULO TERCERO – PROCURACIÓN GENERAL

Artículo 134

Gabriel María Astarloa, El control a través de la gestión eficaz y el asesoramiento oportuno.....	1359
--	-------------

CAPÍTULO CUARTO – AUDITORÍA GENERAL

Artículos 135 y 136

Alejandro G. Fernández, Una mirada externa como garantía de control.....	1375
---	-------------

CAPÍTULO QUINTO – DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Artículo 137

Alejandro Amor, La Defensoría del Pueblo.....	1385
--	-------------

CAPÍTULO SEXTO – ENTE ÚNICO REGULADOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Artículos 138 y 139

Paola Vanessa Michielotto, El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires..... 1398

CLÁUSULA DEROGATORIA

Artículo 140..... 1406

CLÁUSULAS TRANSITORIAS..... 1406

SOBRE LOS AUTORES Y LAS AUTORAS..... 1413

PRÓLOGO

La doble condición de puerto y de Capital Federal convirtió tempranamente a la Ciudad de Buenos Aires en una referencia insoslayable de nuestra historia.

El carácter portuario le dio a Buenos Aires una dimensión cosmopolita (pues no sólo mercaderías bajaban de los barcos, sino también ideas), circunstancia que no le impidió construir una identidad diferenciada basada en personajes, lugares, espectáculos deportivos, expresiones culturales y símbolos urbanos propios. El carácter de Capital Federal le trajo beneficios y perjuicios, conforme se mirara a la urbe desde una perspectiva funcional (medida en términos de servicios y comodidades) o política (medida en términos participativos de sus vecinos), respectivamente.

Pensar la Ciudad de Buenos Aires sólo como capital de la República, como si fuera un territorio enteramente federalizado, fue una *desviación argentina* que dificultó la convivencia entre lo nacional y lo local. La *federalización* de la Ciudad, producto de desconfianzas y mezquindades políticas acumuladas en el tiempo, se edificó sobre la base de la expropiación de las legítimas aspiraciones políticas de los vecinos del territorio, que asistieron durante décadas al contrasentido de no poder elegir a su autoridad ejecutiva local (designada por un Presidente normalmente provinciano), mientras cualquier ciudad o aldea del interior, por pequeña que fuera, podía hacerlo libremente.

Por ello, hasta la reforma constitucional de 1994, la Ciudad de Buenos Aires era vista por el resto del país como un centro acaparador de riquezas económicas y decisiones políticas, causante de gran parte de los males nacionales. Y desde la perspectiva porteña, como una *ciudad grande* (por su tamaño) a la que el resto del país le impedía ser una *gran ciudad* en términos políticos e institucionales, es decir una ciudad con la suficiente autonomía para dictar su propia Constitución y elegir libremente a sus autoridades.

La Convención Reformadora de 1994 comenzó a poner las cosas en su lugar y el Estatuto de la Ciudad dictado en consecuencia continuó el camino.

LA CONVENCION CONSTITUYENTE DE 1994

A partir de la reforma de 1994, la Ciudad de Buenos Aires reviste el estatus de *ciudad constitucional federada*. Se trata de una posición jurídica no asimilable con la de los municipios de provincia ni con la de las provincias.

Al decir que esta categoría no es asimilable a las anteriores queremos decir que se trata de una categoría *nueva* para nuestro sistema constitucional y que no debe compararse con las categorías tradicionales (v. gr.: provincias, municipios de provincia). Dicho de otro modo: la *ciudad constitucional federada* no es *igual, más, menos*, ni está *en medio* de las categorías tradicionales.

Las palabras *ciudad, constitucional* y *federada* describen –en conjunto– el actual estatus de la Ciudad de Buenos Aires.

Buenos Aires es *ciudad* por sus características demográficas (se trata en realidad de una metrópolis que debe recrear su armonía entre *hombre y medio*, su escala vecinal) y por su trayectoria histórica (se trata de una ciudad fundante de nuestra independencia y de nuestra nacionalidad).

Buenos Aires es *ciudad constitucional* porque es la única designada por su nombre en la Constitución (el resto de las ciudades argentinas son aludidas al hablar genéricamente de los municipios provinciales) y esta mención específica no es casual ni circunstancial. Tal jerarquización viene acompañada por la definición de un esquema organizativo ciudadano que se construye desde el poder constituyente nacional y el poder constituyente local, sin intermediarios. Ninguna otra ciudad argentina es ciudad constitucional explícita como Buenos Aires, porque ninguna otra ciudad argentina tiene un esquema organizativo construido directamente entre los poderes constituyentes nacional y local. Todas las ciudades argentinas –a excepción de Buenos Aires– deben enmarcar el ejercicio de su poder constituyente local –cuando les es reconocido– dentro de los preceptos de intermediación fijados por el Derecho Constitucional Provincial (artículo 123 de la CN), y este –a su vez– debe enmarcarse dentro de la preceptiva constitucional federal (artículo 5).

Buenos Aires es *ciudad constitucional federada* porque integra *directamente* el sistema federativo argentino, junto con el Gobierno Federal y las provincias (artículos 54 y 75, incs. 2 y 31), a los que deben agregarse

–desde el punto de vista de la descentralización político-territorial– los municipios (artículo 5) en las condiciones del Derecho Constitucional Provincial (artículo 123) y –eventualmente– las regiones, en las condiciones del Derecho Público interprovincial (artículo 124).

LA CAPITALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

¿Cuál es el alcance de las restricciones impuestas a la Ciudad de Buenos Aires en tanto Capital Federal? ¿Cómo se compatibiliza tal federalización, dispuesta por el artículo 3 de la Constitución Nacional y por la cláusula del artículo, 129 que reconoce a la Ciudad un gobierno autónomo “con facultades propias de legislación y jurisdicción” y con un Jefe de Gobierno elegido directamente por sus vecinos?

La reforma de 1994 permite extraer las siguientes conclusiones:

1. La federalización no involucra a “todo el territorio” y no rige “para todas las actividades”, puesto que “el territorio” mantiene una representación política propia (tres senadores al Congreso de la Nación) y posee un fuerte grado de autodeterminación (gobierno propio, facultades propias, autarquía) desconocido antes de la reforma, en la medida en que el esquema de la Constitución originaria (1853/60) consideraba al Presidente de la Nación “jefe inmediato y local” de la Capital (ex artículo 86, inciso 3) y el Congreso ejercía una legislación exclusiva en “todo” su territorio (ex artículo 67, inciso 27).
2. La determinación de los intereses nacionales (derivados del carácter de Capital de la República que actualmente posee Buenos Aires) surge de una ley especial del Congreso, dictada en cumplimiento de un mandato constitucional.
3. El desborde del lindero entre lo nacional y lo local en la Ciudad de Buenos Aires puede demandarse, por parte de quien se sienta “invadido”, por medio de las acciones judiciales correspondientes. Asimismo, el Gobierno federal podría intervenir la ciudad fundado en esta causa (artículo 75, inciso 31).

La Ciudad de Buenos Aires no es una *sucursal* del Gobierno Nacional con fines indeterminados. “Sólo y en la medida” de la “necesidad federal” (delimitada por la ley de garantía, explicitada por el Congreso

en función de lo previsto por el artículo 75, inciso 30, y vivificada por la sana práctica de gobierno) deben entenderse retraídas las competencias de la ciudad constitucional.

Sin descuidar los importantísimos intereses de la Nación en el tema (es decir, la *capitalidad* de la ciudad constitucional), el constituyente de 1994 ha definido el estatus jurídico pensando primero en Buenos Aires como ciudad y luego en Buenos Aires como Capital Federal. Por ello el trazo grueso del régimen local y el reconocimiento de su poder constituyente está esbozado en una cláusula constitucional permanente (artículo 129), derivando a una norma de jerarquía infra-constitucional (Ley del Congreso) la garantía de los intereses de la Capital.

Más aún: la *capitalidad* de la Ciudad de Buenos Aires podría modificarse por una norma infraconstitucional (Ley del Congreso, según el artículo 3 de la Constitución Nacional) con mayoría no agravada, pero su estatus jurídico y el trazo grueso de su régimen político no podría alterarse sin reforma constitucional.

EL ESTATUTO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES [CABA]

El camino indicado por la reforma constitucional de 1994 prosiguió con la sanción del Estatuto de la Ciudad el 1º de octubre de 1996.

Se trata de una norma moderna que:

- Evita reiteraciones innecesarias (como la transcripción de los derechos constitucionales que los porteños tienen por ser “habitantes de la Nación Argentina”, conforme al artículo 14 y cc. de la CN);
- Incorpora derechos específicos de participación ciudadana como la “iniciativa legislativa popular”, la “revocatoria popular”, el “referéndum vinculante y obligatorio”, la “consulta popular no vinculante” y la “audiencia pública”;
- Diseña políticas especiales que constituyen objetivos permanentes para la acción de gobierno y abarcan:
 - distintas facetas de la promoción humana (salud, educación, ambiente, vivienda, cultura, deporte, consumo, tra-

bajo y seguridad social) poniendo énfasis en los sectores más desprotegidos;

- directrices sobre la administración, la economía y la responsabilidad jurídica en el marco de la acción de gobierno (economía, finanzas, presupuesto, función pública); y
- orientaciones sobre comunicación, ciencia y tecnología y turismo;

- Organiza un sistema de gobierno tripartito:
 - con un Poder Legislativo unicameral, al que se le establece un sistema de vinculación entre la relevancia de los proyectos y la forma en que habrán de ser considerados y votados (a mayor importancia de los temas, mayor exigencia de participación y/o consenso);
 - con un Poder Ejecutivo (Jefe de Gobierno) unipersonal, elegido directamente por los vecinos;
 - con un Poder Judicial (y no meramente contravencional) de tres instancias;
- Establece un Ministerio Público con características similares al diseñado en el ámbito nacional;
- Estructura un sistema de control (interno y externo) en materia hacendal y de legalidad, y otro de carácter único en materia de servicios públicos;
- Prevé una forma de gestión descentralizada que procura atender los problemas barriales en la esfera decisional propia de los vecinos más cercanos, sin perder por ello la percepción global de las cuestiones comunes a toda la ciudad.

EL PRESENTE LIBRO

El instrumento constitucional de la CABA, destinado a resolver los asuntos propios por medio de la decisión democrática de los vecinos, consolidar la teoría de la divisibilidad funcional e intermediación (en detrimento de la uniformidad y la intermediación) y asumir con responsabilidad la relación futura entre las autoridades nacionales y las locales basada en la madurez cívica y en la confianza recíproca, merecía un análisis jurídico pormenorizado, exhaustivo y razonable.

La obra que tenemos el honor de prologar cumple con creces esos objetivos.

La exhaustividad se manifiesta palmaria, pues todos los temas abarcados por el Estatuto caen bajo la mirada de los autores y son encarados con el rigor propio de la especificidad temática, sin perder de vista el contexto jurídico y político propio de una comunidad que integra un régimen federal concebido e interpretado como un sistema integrado por componentes insustituibles.

La razonabilidad corre por cuenta de la jerarquía intelectual de los autores, algunos funcionarios, otros magistrados, otros profesionales liberales, pero todos dotados de una probada experiencia académica y reconocida especialización en las materias que abordan.

La oportunidad de esta obra es otro de sus méritos, un mérito compartido entre sus autores y la editorial que la difunde. Han pasado veinte años desde la sanción del Estatuto y se han apaciguado, al menos en parte, algunos de los acalorados debates iniciales. Es tiempo de balance y de prospectiva, de mirar lo que se ha hecho (y cómo se ha hecho) y lo que queda por hacer.

Lo que queda por hacer es mucho. La mencionada intención del constituyente de considerar a la CABA predominantemente como ciudad autónoma y eventualmente como Capital Federal apenas si ha empezado a concretarse en estos veinte años. Las transferencias previstas se han desplegado en cámara lenta, desafiando –en ocasiones– el texto constitucional nacional. La concreción de una autonomía local fuerte, que fortalezca asimismo al federalismo argentino (pues no se conoce un federalismo fuerte con sujetos federales débiles) requiere de decisión política, astucia, paciencia y tenacidad.

Pero el esfuerzo no debe ser sólo político, también debe ser académico. Iluminar el camino, despejar dudas, resolver controversias, disolver fanatismos es también una tarea docente.

El libro que prologamos será sin duda un faro que disipe la neblina de la ignorancia y la necesidad; un hito plantado a veinte años de iniciado el camino, que recuerde el sentido de la marcha e impida volver atrás.

Dr. Horacio Rosatti

**CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD
AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES
EDICIÓN COMENTADA**

* Texto vigente con las modificaciones introducidas
por la Ley N° 1, llamada Fe de Erratas (BOCBA N° 376, del
3 de febrero de 1998)

PREÁMBULO

Los representantes del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, reunidos en Convención Constituyente por imperio de la Constitución Nacional, integrando la Nación en fraterna unión federal con las Provincias, con el objeto de afirmar su autonomía, organizar sus instituciones y promover el desarrollo humano en una democracia fundada en la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia y los derechos humanos, reconociendo la identidad en la pluralidad, con el propósito de garantizar la dignidad e impulsar la prosperidad de sus habitantes y de las mujeres y hombres que quieran gozar de su hospitalidad, invocando la protección de Dios y la guía de nuestra conciencia, sancionamos y promulgamos la presente Constitución como Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires.

EL PREÁMBULO DE LA LEY FUNDAMENTAL PORTEÑA

Por Enzo Luis Pagani

El preámbulo de las constituciones políticas es el resumen, digámoslo así, de todas sus disposiciones, el objeto que estas se proponen asegurar, y como una tesis que todos los párrafos siguientes vienen a comprobar. Todas las constituciones escritas, y emanadas de la voluntad del pueblo, por medio de la ciencia de sus legisladores, llevan esta introducción...

D. F. Sarmiento¹

La historia de las constituciones en nuestro país ha demostrado ser siempre un logro en torno al consenso, y la de la Carta Magna de la Ciudad no es una excepción. El hecho de que nuestro primer texto constitucional se haya creado en la década del noventa conlleva la ventaja de haber podido experimentar previamente otros procesos simila-

1. Sarmiento, Domingo Faustino, *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos de I. J. Rosso, 1929 (1ª edición 1853), p. 53. Disponible en: <http://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/upload/libros/MO7384-97209/libro.pdf>

res y, a partir de esa experiencia, haber logrado dar vida a un Estatuto Organizativo moderno, transformando el texto rígido de la norma en el efectivo reconocimiento de los derechos de los ciudadanos.

La historia de la Ciudad de Buenos Aires está marcada por la vocación activa de su pueblo en materia de participación política, el cual ha bregado a lo largo de los años por el reconocimiento del Gobierno central como un distrito con autonomía plena, integrado y coparticipativo del Estado Nacional.

El 1° de octubre de 2016 se han cumplido veinte años desde que la Convención Constituyente finalizó su labor dando origen a la Carta Magna y se inició el camino hacia una autonomía plena que garantice los derechos fundamentales de los porteños y su organización política.

Cuando en 1996 se abrieron las sesiones que darían paso al texto de una nueva Constitución para los porteños, los constituyentes tenían la misión de encarar un proceso de reingeniería institucional. Durante los debates, dos de las metas principales eran la defensa de la autonomía y el propósito de incorporar al texto de la norma las propuestas de la sociedad con el objetivo de plasmar en él los valores políticos y sociales que la Ciudad reclamaba desde hacía años. Así, desde el comienzo de las sesiones, gran parte de la sociedad, vecinos de esta ciudad, manifestaron su interés en participar del proceso y aportaron proyectos que han ayudado a enriquecer la letra de una Constitución digna de las sociedades democráticas más avanzadas.

Hoy contamos con una Ley Fundamental de vanguardia en términos de representación política, pues taxativamente incorpora en sus principios el concepto de democracia participativa, una expresión más amplia de esta forma de gobierno en términos de inclusión e intervención en la toma de decisiones políticas por parte de los ciudadanos. Y lo hace desde las primeras líneas del texto constitucional, que conforman el Preámbulo, esa gran “tesis” sostenida por cada uno de los artículos que componen la Constitución y que comparte su fuerza normativa pues, como señala Bidart Campos:

... [el Preámbulo] contiene y condensa las decisiones políticas fundamentales, las pautas del régimen, los fines y objetivos, los valores y principios propugnados, el esquema del plan o programa propuesto por el constituyente y como síntesis que es, no agota el arsenal de pau-

tas, principios y valores que luego se completan en el articulado integral del texto constitucional.²

ESPÍRITU, VALORES, PROPÓSITOS

Si la Carta Magna es una guía que contiene los principios fundamentales y fundacionales de una sociedad, su Preámbulo es la manifestación del espíritu, los valores y los propósitos de esa sociedad. En la Constitución porteña, estos son la promoción del desarrollo humano, la democracia, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia y los derechos humanos, el reconocimiento de la identidad en la pluralidad, la dignidad y la prosperidad de sus habitantes y de las mujeres y hombres que quieran gozar de la hospitalidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En el marco del Estado social y democrático de Derecho, entendido como “un sistema de solidaridad nacional –y, en cada vez más aspectos, supranacional–, gestionado por los poderes públicos con participación ciudadana efectiva y con respeto a la primacía del Derecho y de los derechos”,³ la promoción del desarrollo humano se constituye como principio rector.

El desarrollo humano es un proceso mediante el cual se amplían las oportunidades de los individuos de gozar de una vida prolongada y saludable, del acceso a la educación y el disfrute de un nivel de vida decente, entre otras oportunidades que incluyen la libertad política, económica y social, la garantía de los derechos humanos y el respeto a sí mismo.⁴

Asimismo, el desarrollo humano es imperfecto si los hombres y mujeres no poseen libertad. Esta, a su vez, debe ser comprendida en sus numerosos aspectos:

- la libertad religiosa y de conciencia;

2. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 2009, T. I, pp. 296 y 298.

3. Torres del Moral, Antonio, *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 3ª edición, 2010, p. 85.

4. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Desarrollo Humano Informe 1990*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1990.

- la libertad como parte inviolable de la dignidad de las personas;
- la garantía de la libertad física;
- la libertad de elección y el acceso a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna de los consumidores y usuarios;
- la libertad de acceso a todo registro, archivo o banco de datos;
- la libertad de prensa;
- la libertad de información.

Del derecho a la libertad se desprende la igualdad, cuya realización implica tutelar:

- la igualdad ante la ley;
- la igualdad real de oportunidades y de derechos entre varones y mujeres;
- la igualdad de oportunidades y posibilidades para el acceso, permanencia, reinserción y egreso del sistema educativo;
- la igualdad real de oportunidades para la juventud, las personas mayores, los niños, los adolescentes y las personas con necesidades especiales;
- la igualdad respecto del sistema tributario y las cargas públicas.

Junto con la libertad y la igualdad, el pluralismo y la tolerancia reflejan los valores y presupuestos básicos de la forma de gobierno democrática, máxime si se trata de una democracia participativa.

Desde la redacción misma del Preámbulo se refleja un aspecto del reconocimiento de la pluralidad que el texto propone, así como su carácter consensuado. Pues pese a encabezar el texto constitucional, este “resumen”, como lo llama Sarmiento, de todo aquello que la Constitución porteña propone asegurar, no fue aprobado sino en las últimas instancias de los debates de la Convención Constituyente, en la sesión ordinaria del 29 de septiembre de 1996. Y fue uno de los últimos debido a que, como manifestó la Presidenta de la Convención:

... existía una tensión entre aquellos convencionales que sostenían que debía mencionarse a Dios tal como en la Constitución Nacional, y quienes se oponían férreamente. Finalmente (...) se logró una redac-

ción que permitió aunar voluntades: “invocando la protección de Dios y la guía de nuestra conciencia, sancionamos...”.⁵

Asimismo, la igualdad en la democracia lleva a que se persista en una constante búsqueda de la mayor participación de los miembros de la comunidad en las decisiones políticas, no limitándose a aceptar el voto como la única expresión de esta participación.⁶ En consecuencia, se han incorporado en la Constitución de la CABA nuevos elementos para promover una mayor participación política a través de la audiencia pública, el presupuesto participativo y la división de la Ciudad en unidades territoriales descentralizadas con funciones de planificación, ejecución y control en forma exclusiva y concurrente con el Gobierno de la Ciudad.⁷ Se han definido, además, mecanismos de democracia semidirecta como el referéndum, la consulta popular, la iniciativa popular para la presentación de proyectos de ley y la revocatoria del mandato (los cuales serán abordados por diversos autores, en los comentarios a los artículos correspondientes).

UN MOMENTO HISTÓRICO

El Preámbulo ofrece también las pautas de interpretación del sistema de derechos y de los poderes constituidos reconocidos por la Constitución. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que es en él donde están fijadas las grandes metas de la política del Estado.⁸

En tiempos del bicentenario de la patria, quienes tenemos la responsabilidad de tomar decisiones que inciden directa o indirectamente en la vida cotidiana de los porteños, debemos estar a la altura de

5. Véase el Prólogo de Graciela Fernández Meijide al *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2016, T. I, p. 30.

6. Borea Odría, Alberto A., “Democracia”, *Diccionario Electoral*, Ciudad de México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003, T. I, p. 351.

7. Sabsay, Alberto Daniel, “Democracia participativa en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires”, en Zaffaroni, E. Raúl y Risso, Guido, *Perplejidades del constituyente. A diez años de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 261.

8. Fallos: 307:326.

los acontecimientos y contribuir con lo necesario para alcanzar esas metas, entre las cuales se encuentra la consolidación de la plena autonomía de esta Ciudad.

Particularmente, en materia judicial estamos transitando por un momento histórico que implica el traspaso de competencias de la justicia ordinaria al ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En diciembre de 2015, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación retomó la cuestión de la autonomía en la sentencia del fallo Corrales,⁹ estableció que “en atención a que la Constitución federal le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía, no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio”. Y aseguró, asimismo, que “el legislador tuvo el propósito de ‘generar, gradualmente, un traspaso ordenado de distintas competencias nacionales a la órbita judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires’”.

Desde el Poder Judicial de la CABA, hemos puesto todo nuestro esfuerzo en trabajar para garantizar el acceso a la Justicia en un marco de igualdad, brindando a todos los ciudadanos las mismas oportunidades. En este marco, el arribo de nuevas competencias que amplían el espectro en materia jurisdiccional no sólo coopera con la consolidación de la autonomía, sino que además aporta un salto de calidad institucional que le permitirá a los porteños llegar de una manera más ágil y efectiva a la resolución de los conflictos que ingresen al sistema judicial.

9. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Corrales, Guillermo Gustavo y otro s/hábeas corpus”, 09/12/2015.

TÍTULO PRELIMINAR

Capítulo Primero Principios

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.

Artículo 2

La Ciudad de Buenos Aires se denomina de este modo o como “Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Artículo 3

Mientras la Ciudad de Buenos Aires sea Capital de la República, su Gobierno coopera con las autoridades federales que residen en su territorio para el pleno ejercicio de sus poderes y funciones.

Los legisladores y funcionarios de las Provincias argentinas gozan en el territorio de la Ciudad de las mismas inmunidades e indemnidades que la presente Constitución otorga a los de su Gobierno.

Artículo 4

Esta Constitución mantiene su imperio aun cuando se interrumpa o pretendiese interrumpir su observancia por acto de fuerza contra el orden institucional o el sistema democrático o se prolonguen funciones o poderes violando su texto. Estos actos y los que realicen los que usurpen o prolonguen funciones, son insanablemente nulos. Quienes en ellos incurren quedan sujetos a inhabilitación absoluta y perpetua para ocupar cargos públicos y están excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Es deber de las autoridades ejercer las acciones penales y civiles contra ellos y las de recuero por todo cuanto la Ciudad deba pagar como consecuencia de sus actos.

Todos los ciudadanos tienen derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

Artículo 5

Las obligaciones contraídas por una intervención federal sólo obligan a la Ciudad cuando su fuente sean actos jurídicos conforme a esta Constitución y a las leyes de la Ciudad. Los magistrados, funcionarios y empleados nombrados por una intervención federal, cesan automáticamente a los sesenta días de asumir las autoridades electas, salvo confirmación o nuevo nombramiento de estas.

Artículo 6

Las autoridades constituidas tienen mandato expreso, permanente e irrenunciable del Pueblo de la Ciudad, para que en su nombre y representación agoten en derecho las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía y para cuestionar cualquier norma que limite la establecida en los Artículos 129 y concordantes de la Constitución Nacional.

Artículo 7

El Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es sucesor de los derechos y obligaciones legítimas de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y del Estado Nacional en las competencias, poderes y atribuciones que se le transfieren por los Artículos 129 y concordantes de la Constitución Nacional y de la ley de garantía de los intereses del Estado Federal, como toda otra que se le transfiera en el futuro.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES PARA LA INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN PORTEÑA

Por Daniel Alberto Sabsay

Nos toca comentar el capítulo primero de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CCABA) dedicado a los principios en los que se asientan las instituciones que ella contempla. Esta Constitución, dada la técnica legislativa que la caracteriza, se ubica dentro de la categoría de leyes fundamentales de tipo analítico o reglamentario, en razón de su articulado amplio y detallado. Entre sus numerosas cláusulas, las de su primera parte o dogmática se destacan tanto por su cantidad como por el vasto abanico de cuestiones que

abarcan. Estas disposiciones han dado origen a interesantes avances en diferentes materias.

El artículo 1 define la forma de gobierno y establece los principios rectores de todo el ordenamiento institucional. Así, se formulan: la participación popular, la publicidad de los actos de gobierno y la igualdad. Varios de ellos ya aparecen expresados en el Preámbulo que precede a este primer capítulo. Consideramos que es el más importante del capítulo, pues orienta su hermenéutica constitucional a partir de una prédica en la que se sitúa en un lugar principal la noción de Estado social de Derecho, cuya defensa debe llevarse a cabo en toda circunstancia, como lo pone de manifiesto el artículo 4.

Consideramos que el mejor punto de partida para comprender la esencia del régimen porteño surge de las modalidades de trabajo que caracterizaron a la Convención Constituyente de 1996. La gran innovación estuvo dada por la participación ciudadana en el proceso de elaboración del nuevo texto constitucional. Fue así como en el proceso constituyente se introdujo un novedoso modelo de democracia participativa, que luego gravitaría en el marco institucional que se le otorga a la Ciudad. En efecto, esta etapa del proceso de institucionalización de la CABA se caracterizó por una amplísima intervención de la ciudadanía, fenómeno que no había tenido lugar en los procesos constituyentes ocurridos en la Argentina hasta entonces. En tal sentido, al inicio de la labor reglamentaria, la Convención creó una comisión denominada “de relaciones con la comunidad”,¹ que tuvo a su cargo la instrumentación de mecanismos destinados a atraer a la sociedad civil. Por ello, fueron convocadas organizaciones no gubernamentales, colegios profesionales y academias, entre otras instituciones. Se los invitó a presentar proyectos y a participar de reuniones preparatorias con convencionales, consagradas a diferentes tópicos en función de un calendario previamente establecido.

La democracia participativa aparece en el artículo 1 de la CCABA como uno de los elementos que definen a su régimen político.² Se trata

1. Esta novedosa institución ha sido tomada como modelo en varios procesos constituyentes de redacción de cartas municipales, como ha sido el caso en Ushuaia y Esquel, entre otros.

2. Artículo 1: “La Ciudad de Buenos Aires, conforme al principio federal establecido en la Constitución Nacional, organiza sus instituciones autónomas como democracia

de una característica que se agrega a la forma republicana representativa que en la disposición mencionada está contemplada en segundo término. La suma de estos dos elementos nos lleva a señalar que la Ciudad de Buenos Aires se ha constituido como un Estado social de Derecho que les reconoce a sus habitantes un amplísimo abanico de derechos, los que a su vez quedan asegurados a través de modernas garantías. Asimismo, esas libertades se sustentan en una cantidad de políticas especiales que le exigen al Estado porteño la atención de diversas áreas que hacen al concepto de dignidad de la persona humana.

La participación surge como un elemento para impulsar políticas públicas, acompañar a órganos estatales y ejercer diferentes formas de control, tanto en los procesos de toma de decisiones como en los de designación de funcionarios (magistrados, miembros de órganos de control, etc.). A su vez, queda garantizado el derecho de acceso a la información pública, a la información de carácter ambiental y a la patrimonial. Así las cosas, este sistema tan generoso y superador de la democracia representativa requiere del efectivo involucramiento de los vecinos y de sus organizaciones para plasmarse en los hechos.

La CCABA contempla diversas formas de participación que permiten a los ciudadanos intervenir activamente en el proceso de toma de decisiones y en el control de la gestión de gobierno. Ella puede darse en alguna de las instancias del proceso de toma de decisiones, adquirir diversas modalidades y tener diferentes efectos.

Prevé en primer término la participación en la planificación y en la toma de decisiones. Entre estas, la audiencia pública, reglamentada por la Ley N° 6 de la Ciudad, que conlleva la apertura de un espacio de consulta desde las autoridades políticas, ya sea del Ejecutivo, como del Legislativo. En ese marco, a los habitantes de la Ciudad se les concede la posibilidad de formar parte en el proceso de toma de decisiones antes de que los gobernantes se pronuncien. La CCABA³ ha previsto la intervención de los ciudadanos en la elaboración y control del presupuesto bajo la modalidad de “presupuesto participativo”. Se

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”.

3. Artículo 52: “Se establece el carácter participativo del presupuesto. La ley debe fijar los procedimientos de consulta sobre las prioridades de asignación de recursos”.

trata de un espacio público no estatal, en el cual el gobierno y la sociedad se reúnen para ponerse de acuerdo acerca de cómo trasladar las prioridades de los porteños hacia la *agenda* de las políticas públicas. Sobre este instituto se ha sostenido que

... desde una perspectiva participativa, encuadrada en una democracia cualificada, prima el criterio de que el dinero que administran las autoridades de los poderes públicos es el resultado de lo aportado por la población que, además, es la destinataria directa del servicio ofrecido. Es decir, valora al ciudadano sin necesidad del voto calificado.⁴

La Ley Fundamental de la CABA contempla la división de la Ciudad en unidades territoriales descentralizadas con funciones de planificación, ejecución y control en forma exclusiva y concurrente con el Gobierno de la Ciudad. Estas comunas serán centros de participación a nivel barrial, en los que están previstas las audiencias públicas, que tendrán un rol importante en el procedimiento de consulta del presupuesto participativo.

El sistema de comunas se integra junto a los ya mencionados institutos que dan contenido a la idea de democracia participativa, bajo la cual se encuentran organizadas las instituciones de la Ciudad y en donde el ciudadano es el verdadero sujeto de decisiones y derechos.

También están contempladas en el texto constitucional porteño las llamadas formas de democracia semidirecta, que son el referéndum, la consulta popular no vinculante y la iniciativa popular de leyes. Se trata, a excepción de la segunda, de institutos cuyos efectos son vinculantes para los gobernantes. Es esencia de ellos la sustitución excepcional del órgano estatal competente por el pronunciamiento del electorado a través del sufragio, que en este caso es ejercido para *decidir* en lugar de *elegir*. También ha incorporado la revocatoria de mandato. Un párrafo especial merece el derecho de libre acceso a la información, que configura el sustento imprescindible de las formas de participación. En cada una de ellas es evidente que los vecinos deben estar bien informados no sólo de los actos de gobierno cuya publicidad es obligatoria, sino de informes, documentos y expedientes relacionados con la temática sometida a audiencia

4. Rojo Vivot, Alejandro, *Participación ciudadana y la Carta Orgánica de Ushuaia*, Buenos Aires, Participación Ciudadana, 2005, p. 40.

pública, a referéndum, o a consulta no vinculante. En consonancia con este derecho se expresa el carácter público de todos los actos de gobierno. Sagüés manifiesta que esta cuestión, junto con la no mención en documentos oficiales de títulos honoríficos de los funcionarios, constituye una “medida harto prudente, en homenaje al ideario republicano y ante el desprestigio social que tienen muchos sujetos proclamados (y algunas veces por su propia decisión) excelentísimos u honorabilísimos”.⁵

En el último párrafo se formula la cláusula de reserva de acuerdo a lo expresado en el artículo 121 de la Constitución Nacional (CN). Sin embargo, la Ley N° 24588 de garantía de los intereses de la Nación en la CABA invierte el criterio al dejar en manos de la Nación la decisión sobre el alcance de su competencia.⁶ Esta directriz impregna toda la norma y de ese modo el legislador incurre en numerosas inconstitucionalidades. No se comprende el sentido de la autonomía y, sobre todo, que la Nación sólo puede ejercer sobre el territorio porteño aquellas actividades y facultades que sean necesarias para dar cumplimiento a sus cometidos, pero de ningún modo irrumpir sobre la esfera propia de las potestades de la Ciudad de modo discrecional.

El bloque del FREPASO, que constituía la primera minoría, había preparado un anteproyecto de Constitución en el que se contemplaba un sistema semipresidencialista, que no fue consensuado dada la oposición de los otros bloques. Sin embargo, la Constitución contiene modalidades destinadas a atenuar el modelo presidencialista, como por ejemplo el papel que le reconoce al Vicejefe de Gobierno, la limitación de las facultades legislativas del Jefe de Gobierno, la no intervención del Poder Ejecutivo en el proceso de designación de los magistrados y una forma novedosa de control de constitucionalidad con alcance *erga omnes*, que le reconoce un papel preponderante a la Legislatura, entre otras.

5. Sagüés, Néstor P., *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 43.

6. Artículo 2: “Sin perjuicio de las competencias de los artículos siguientes, la Nación conserva todo el poder no atribuido por la Constitución al gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires, y es titular de todos aquellos bienes, derechos, poderes y atribuciones necesarios para el ejercicio de sus funciones”.

El artículo 2⁷ denomina al nuevo nivel de gobierno Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pero curiosamente en el Preámbulo y en otras disposiciones se la menciona como Ciudad de Buenos Aires, a secas. En la actualidad se la reconoce bajo la primera denominación, que inclusive aparece muchas veces en documentos abreviada como CABA. Creemos que más allá de la expresa definición del artículo 129 de la Constitución Nacional, en la que se la define como “gobierno autónomo”, en consonancia con lo que expresa el artículo 6 de la CCABA se persigue el logro de una verdadera autonomía frente a los límites que impusieron las leyes N° 24588 y 24620. El nuevo nombre de la Ciudad constituye la demostración del estatus jurídico que ella adquiere a partir de la reforma constitucional de 1994, en la que queda consagrada su autonomía con el artículo 129. El alcance de esta autonomía generó diferentes posiciones doctrinarias y no menos dudas a partir de la mencionada ley de garantías de la Nación en su territorio. El transcurso del tiempo ha favorecido su fortalecimiento, pero hasta hoy no ha recibido todos los atributos que permiten que la Ciudad posea una autonomía plena. La transferencia parcial de la Justicia nacional, en realidad local, la priva de un atributo que le corresponde a todas las provincias y que su asignación de ningún modo atentaría contra la armonía con la Nación. Por el contrario, esta posibilidad no sólo no entorpecería el desempeño de las autoridades nacionales, sino que por el contrario, estas podrían deshacerse de funciones que no les corresponden y las distraen del cumplimiento de sus potestades específicas. Lo mismo ocurre con el Registro de la Propiedad Inmobiliaria y con la Inspección General de Justicia, como así también con el no traspaso de la Policía Federal.

El artículo 3⁸ es una típica cláusula de cooperación interjurisdiccional entre niveles de gobierno en el marco de una federación. Se establece la obligación de parte de la CABA de actuar de modo conjunto con las autoridades de la Nación. Ello en tanto esta sea la Capital de la Repúbli-

7. Artículo 2: “La Ciudad de Buenos Aires se denomina de este modo o como Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

8. Artículo 3: “Mientras la Ciudad de Buenos Aires sea Capital de la República, su Gobierno coopera con las autoridades federales que residen en su territorio para el pleno ejercicio de sus poderes y funciones.

Los legisladores y funcionarios de las Provincias argentinas gozan en el territorio de la Ciudad de las mismas inmunidades e indemnidades que la presente Constitución otorga a los de su Gobierno”.

ca, ya que ese hecho le confiere un doble carácter de nivel de gobierno autónomo, en el que se asienta una comunidad políticamente organizada conjuntamente con la sede del Gobierno Federal. En consecuencia, esa situación le impone una relación de cooperación acentuada a favor del mejor entendimiento entre los dos niveles de autoridades.

Nos parece importante destacar que, de conformidad con lo previsto en la Constitución Nacional, el constituyente porteño pone énfasis en la transitoriedad del carácter de sede de la Capital de parte de la Ciudad.⁹ A nuestro entender, esta situación debe servir como criterio para la interpretación de situaciones dudosas en lo que hace a la titularidad de facultades; el criterio debería favorecer al nivel permanente en detrimento del transitorio, el cual es en realidad su “huésped”.

En el segundo párrafo, se reconoce a los legisladores y funcionarios provinciales las mismas inmunidades e indemnidades que este cuerpo les otorga a sus miembros de gobierno. Ellas tienen que ver con el resguardo de las funciones que desempeñan las autoridades y de ningún modo la concesión de privilegios personales que resultarían contrarios.

El artículo 4¹⁰ está a tono con el artículo 36 de la CN, en tanto ambos son disposiciones que tienden a la defensa de la forma democrática de gobierno frente a las amenazas que pudiesen atentar contra su continuidad o importen su interrupción. Su razón de ser debemos encontrarla en la historia institucional de nuestro país, que se ha caracterizado por la interrupción de la continuidad constitucional producto, sobre todo, del fenómeno de los golpes de Estado.

El constituyente porteño toma como modelo el adoptado por el constituyente nacional con motivo de la reforma de 1994, que intro-

9. Artículo 129, 2° párrafo de la CN: “Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación”.

10. Artículo 4: “Esta Constitución mantiene su imperio aun cuando se interrumpa o pretendiese interrumpir su observancia por acto de fuerza contra el orden institucional o el sistema democrático o se prolonguen funciones o poderes violando su texto. Estos actos y los que realicen los que usurpen o prolonguen funciones, son insanablemente nulos. Quienes en ellos incurrir quedan sujetos a inhabilitación absoluta y perpetua para ocupar cargos públicos y están excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Es deber de las autoridades ejercer las acciones penales y civiles contra ellos y las de recupero por todo cuanto la Ciudad deba pagar como consecuencia de sus actos.

Todos los ciudadanos tienen derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo”.

dujo el artículo 36, al que se conoce como cláusula de defensa de la democracia. El sentido de estas modalidades radica en la necesidad de hacer saber a quienes pretendan alzarse contra el orden constitucional que estas acciones serán objeto de sanciones penales. Sin lugar a dudas, esto operará como un límite para quienes pretendan repetir las experiencias del pasado que sumieron a nuestra República en una acentuada decadencia. Disposiciones de este tipo han sido incluidas en las leyes fundamentales de numerosos países que tuvieron un pasado similar al nuestro en lo que hace a la continuidad de sus instituciones, y han sido contempladas en la mayoría de las constituciones provinciales argentinas.

El artículo que se analiza establece un doble orden de sanciones. En primer lugar, dispone la nulidad insanable de los actos de fuerza y de los que realicen sus autores, desconociendo así su validez jurídica. En segundo lugar, se castiga a los autores con la pena de inhabilitación absoluta y perpetua para ocupar cargos públicos y se los excluye del beneficio del indulto o de la conmutación de penas.

En paralelo, se impone el deber de las autoridades legítimamente constituidas de promover las acciones penales y civiles contra los autores de los actos sancionados, así como de lograr el resarcimiento de los daños económicos que la Ciudad sufriera como consecuencia de esos actos. En consonancia con la disposición de la CN, se consagra en beneficio de los ciudadanos el derecho de resistencia respecto de los usurpadores del poder como una manera de tornar más dificultosos sus actos.

En el artículo 5,¹¹ entre las características de la CABA que la acercan a la autonomía de las provincias, encontramos la posibilidad de que sea objeto de una intervención federal de conformidad con lo establecido en los artículos 6 y 75, inciso 31 de la CN. Se trata de una institución excepcional y que sólo debe ser utilizada frente a emergencias.

La cláusula que se comenta establece límites al Gobierno Federal en lo que hace al alcance del instituto en cuestión. Esta modalidad ha sido seguida por varios constituyentes provinciales y su razón de ser tiene

11. Artículo 5: “Las obligaciones contraídas por una intervención federal sólo obligan a la Ciudad cuando su fuente sean actos jurídicos conforme a esta Constitución y a las leyes de la Ciudad. Los magistrados, funcionarios y empleados nombrados por una intervención federal, cesan automáticamente a los sesenta días de asumir las autoridades electas, salvo confirmación o nuevo nombramiento de estas”.

que ver con la recurrencia de las intervenciones federales que tuvieron lugar en el pasado. Además, la mayoría de ellas poco tuvieron que ver con los motivos establecidos en la CN para interferir directamente en la vida institucional de los niveles provinciales por meras conveniencias políticas. Sin embargo, consideramos que este tipo de disposiciones son impropias de normas de Derecho Público provincial –más allá del motivo que ha llevado a su elaboración–, pues desconocen el orden de jerarquía contemplado en el artículo 31 de la CN, que establece la prevalencia del Derecho federal por sobre el provincial.

El artículo 6¹² tiene su razón de ser en el retaceo de la autonomía que sufrió la CABA, tal como hemos afirmado en nuestro comentario al artículo 1. Así, se les confiere a las autoridades de la Ciudad la obligación de utilizar todos los remedios jurisdiccionales y políticos que faciliten el reconocimiento de su estatus jurídico constitucional y la impugnación de las normas que pretendan desconocerlo. Al respecto, Loñ expresa que

... seguramente motivado por la intención de las autoridades federales de retacear la autonomía de la Ciudad –manifiesto en las comentadas leyes de garantías y de convocatoria a elecciones locales– es que en el artículo sexto del estatuto se prevé que el Gobierno local deberá agotar las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía.¹³

En el mismo sentido se pronunció la Convención Constituyente a través de una declaración efectuada el 2 de agosto de 1996, por la cual se rechazaron por inconstitucionales las leyes N° 24588 y 24620. Esta determinación indica la voluntad del Cuerpo de trasladar la continuación de las acciones tendientes a su modificación a las autoridades que se constituyan en su consecuencia.

Esta cláusula constituye, asimismo, una aplicación de lo que establece el Preámbulo en lo que hace a la afirmación de la autonomía porteña.

12. Artículo 6: “Las autoridades constituidas tienen mandato expreso, permanente e irrenunciable del Pueblo de la Ciudad, para que en su nombre y representación agoten en derecho las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía y para cuestionar cualquier norma que limite la establecida en los Artículos 129 y concordantes de la Constitución Nacional”.

13. Loñ, Félix R., “Comentario liminar”, en López Alfonsín, Marcelo A., *Constitución de la CABA comentada*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 1997, p. 32.

El artículo 7¹⁴ pone de manifiesto la continuidad jurídica de la CABA respecto de sus anteriores denominaciones y regímenes legales. Consideramos importante que se exprese que la Ciudad es sujeto de los derechos y obligaciones de sus antecesores, con la única limitación de la legitimidad, tanto de créditos como de deudas.

14. Artículo 7: “El Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es sucesor de los derechos y obligaciones legítimas de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y del Estado Nacional en las competencias, poderes y atribuciones que se le transfieren por los Artículos 129 y concordantes de la Constitución Nacional y de la ley de garantía de los intereses del Estado Federal, como toda otra que se le transfiera en el futuro”.

Capítulo Segundo Límites y Recursos

LOS LÍMITES TERRITORIALES Y LOS RECURSOS DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Por Sergio D. A. Thau

Artículo 8

Los límites territoriales de la Ciudad de Buenos Aires son los que históricamente y por derecho le corresponden conforme a las leyes y decretos nacionales vigentes a la fecha. Se declara que la Ciudad de Buenos Aires es corribereña del Río de la Plata y del Riachuelo, los cuales constituyen en el área de su jurisdicción bienes de su dominio público. Tiene el derecho a la utilización equitativa y razonable de sus aguas y de los demás recursos naturales del río, su lecho y subsuelo, sujeto a la obligación de no causar perjuicio sensible a los demás corribereños. Sus derechos no pueden ser turbados por el uso que hagan otros corribereños de los ríos y sus recursos. Todo ello, sin perjuicio de las normas de derecho internacional aplicables al Río de la Plata y según los alcances del artículo 129 de la Constitución Nacional.

La Ciudad tiene el dominio inalienable e imprescriptible de sus recursos naturales y acuerda con otras jurisdicciones el aprovechamiento racional de todos los que fueran compartidos.

En su carácter de corribereña del Río de la Plata y del Riachuelo, la Ciudad tiene plena jurisdicción sobre todas las formaciones insulares aledañas a sus costas, con los alcances permitidos por el Tratado del Río de la Plata. Serán consideradas como reservas naturales para preservar la flora y la fauna de sus ecosistemas.

Los espacios que forman parte del contorno ribereño de la Ciudad son públicos y de libre acceso y circulación.

El Puerto de Buenos Aires es del dominio público de la Ciudad, que ejerce el control de sus instalaciones, se encuentren o no concesionadas.

Esta norma delimita expresamente el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estableciendo que sus límites son los que históricamente y por derecho le son propios conforme la legislación vigente.

Declara que la Ciudad es corribereña del Río de la Plata –por lo que se debe tener presente lo establecido por el Derecho Internacional, concretamente el Tratado del Río de la Plata, suscripto por nuestro país y Uruguay el 19 de noviembre de 1973– y del Riachuelo, los cuales dentro del área de su jurisdicción constituyen bienes de su dominio público.

Los límites van desde el paralelo de Punta Gorda hasta la línea recta imaginaria que une Punta del Este con Punta Rasa, del Cabo San Antonio.

También se le otorga a la Ciudad plena jurisdicción sobre todas las formaciones insulares aledañas a las costas del Río de la Plata y del Riachuelo –debiendo respetarse el Tratado del Río de la Plata– y se las considera reservas naturales a los efectos de preservar la flora y la fauna (similar a lo establecido en el artículo 45 del tratado aludido con respecto a la Isla Martín García).

Declara que la Ciudad tiene el dominio inalienable e imprescriptible, o sea la imposibilidad de enajenación y/o prescripción, de los recursos naturales (cláusula similar al artículo 124 de la Constitución Nacional con respecto a las provincias) y prescribe la obligación de un aprovechamiento racional de estos recursos acorde con otras jurisdicciones que los compartan.

Con relación a la preservación de los recursos naturales y a su aprovechamiento racional, esta norma también prescribe, en su primer párrafo, la utilización equitativa y razonable de las aguas del Río de la Plata y del Riachuelo, de los demás recursos naturales del río, su

lecho y subsuelo. Además impone la obligación de no causar perjuicio sensible a los demás coribereños, y la contracara de esa obligación es que estos no pueden turbar los derechos que posee la Ciudad con la utilización que hagan de las aguas.

Por último, establece en forma expresa que el Puerto de Buenos Aires forma parte del dominio público de la Ciudad y que esta posee el control de sus instalaciones, aun cuando se encuentren en concesión.

Para la interpretación de esta norma, cito el debate parlamentario de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires de 1996:

Dictamen de Comisión¹

Despacho parcial

Convención Constituyente

Vuestra Comisión de Redacción y Normas de Gobernabilidad para la Transición ha considerado el proyecto de texto producido por la Comisión de Políticas Especiales sobre Puerto, contenido en el Despacho de Comisión N° 88 y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, os aconseja la sanción del siguiente

PROYECTO DE TEXTO

La Convención Constituyente

SANCIONA: Artículo... - El puerto de Buenos Aires es del dominio de la Ciudad, que ejerce el control de sus instalaciones, se encuentren o no concesionadas.

Sala de la Comisión, 25 de septiembre de 1996.

Eugenio R. ZAFFARONI; María J. LUBERTINO; Enrique RODRÍGUEZ; María E. BARBAGELATA; Ángel BRUNO; Susana CARRO; Jorge ENRIQUEZ; Martín HOUREST; Eduardo JOZAMI; Elsa KELLY; Alberto MAQUES y Osvaldo RIOPEDRE.

1. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, 17ª Reunión, 10ª Sesión Ordinaria, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2016, T. 3, pp. 533-536.

INFORME

Convención Constituyente:

Vuestra Comisión de Redacción y Normas de Gobernabilidad para la Transición ha considerado el Despacho N° 88 producido por la Comisión de Políticas Especiales sobre Puerto y, en virtud de las facultades que le otorga el Artículo 40 del Reglamento del Cuerpo y, por las razones que expondrá el miembro informante en su oportunidad, aconseja la aprobación del presente despacho.

Eugenio R. ZAFFARONI

ANTECEDENTE

DICTAMEN DE COMISIÓN N° 88

Despacho de la Comisión de Políticas Especiales a la Comisión de Redacción y Normas de Gobernabilidad para la Transición (según lo dispuesto en el artículo 40 del Reglamento).

Sr. Presidente (Shuberoff) - En consideración. Tiene la palabra el señor convencional Jozami.

Sr. Jozami - Señor Presidente: La Comisión de Políticas Especiales ha considerado necesaria la inclusión de este artículo en el texto constitucional para dejar establecido con absoluta claridad que el puerto de la Ciudad pertenece al dominio de la Ciudad de Buenos Aires.

Entendemos que con la autonomía de la Ciudad ya no existe razón alguna para que ella tenga un tratamiento distinto del que reciben las provincias, dado que la Ley de Puertos contemplaba en un principio la posibilidad de transferir los puertos a las provincias o a la Ciudad de Buenos Aires. Esta disposición que hacía referencia en particular a esta Ciudad, fue vetada. Pero eso ocurrió cuando la Ciudad aún no había alcanzado la autonomía que le ha otorgado la reforma de la Constitución Nacional.

En función de todo eso nos parece que este artículo no es controvertido desde la perspectiva que estamos planteando en esta Constitución: la reivindicación de todos los derechos que corresponden a la Ciudad. Por otro lado, este ya no es un tema polémico, señor Presidente. En el siglo pasado los argentinos se mataban y discutían mucho para saber a quién pertenecía el puerto. Ahora, cuando hablamos del puerto no hablamos de las aduanas –esa es una vieja historia–. Entonces hoy, cuando Buenos Aires reivindica su puerto, no está enfrentándose con ningún otro interés respetable en el ámbito nacional sino que simplemente está queriendo ejercer en plenitud su autonomía.

Nos parece que no existen razones para que el pleno control del puerto y de las actividades que allí se realizan no corresponda al Gobierno de la Ciudad. Por todas estas razones, vamos a pedir la aprobación de este texto.

Sr. Presidente (Shuberoff) - Tiene la palabra el señor convencional Canata.

Sr. Canata - Señor Presidente: habiéndose debatido el tema del puerto en otras comisiones, voy a solicitar una inserción.

A su vez voy a sugerir, como es una sola cláusula, que el texto del artículo diga: "El puerto de Buenos Aires es del dominio público de la Ciudad, que ejerce el control de sus instalaciones, se encuentren o no concesionadas". Es decir, propongo que se agregue la palabra "público".

Sr. Presidente (Shuberoff) - Tiene la palabra el señor convencional Maques.

Sr. Maques - Señor presidente: solicito que, oportunamente, se apruebe mi inserción correspondiente a este punto.

Sr. Presidente (Shuberoff) - Tiene la palabra el señor convencional Castells.

Sr. Castells - Señor Presidente: desde luego, nuestra bancada no ha suscripto este dictamen ni ha proyectado dictamen alguno en minoría. En más de una ocasión hemos expresado disidencias, hemos hecho dictámenes en minoría y hemos discutido en este recinto. Pero me da la impresión de que esta es la menos feliz de todas las cláusulas de este Estatuto.

Decir que algo es del dominio de la Ciudad sin consentimiento, sin otorgamiento, sin transferencia por parte de quien realmente es el titular de ese dominio, o sea el Estado Nacional, no tiene efecto alguno, excepto el de buscar una situación de conflicto.

Me gustaría que, más allá de las inserciones y de lo que se ha dicho en el recinto, que no es mucho, se diera una explicación del sentido que tiene poner en el texto constitucional algo que no es cierto, algo que eventualmente dependerá de una ley del Congreso, algo por lo que estamos dispuestos a luchar y a acompañar todas las acciones que se hagan para que sea cierto.

La Ley de Puertos previó la transferencia, a solicitud de las provincias, de los puertos nacionales instalados en sus territorios. El Artículo 11 incluía a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, pero fue vetado por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto N° 1029/92.

Entonces, ¿qué explicación podemos encontrar a un artículo que dice que el puerto es de la Ciudad de Buenos Aires? Así podría decir que

pertenecen a la Ciudad la Casa Rosada, el Palacio del Congreso o el Palacio de Tribunales, e incluso podría decir que la Universidad de Buenos Aires –que el señor Presidente conduce– no es más nacional sino de la Ciudad. ¿Por qué no hemos puesto esto también?

Considero que ni siquiera puede invocarse una cláusula transitoria que diga que las disposiciones de la Constitución tendrán vigencia una vez que se transfieran las competencias respectivas. Más allá del alcance de esa cláusula –que oportunamente discutiremos–, creo que en el caso en análisis tampoco tendría aplicación, porque de la misma forma podríamos expresar que corresponde al dominio de la Ciudad que diga público o privado para el caso es indistinto– cualquier instalación nacional.

DICTAMEN DE COMISIÓN² DESPACHO PARCIAL

Convención Constituyente:

Vuestra Comisión de Redacción y Normas de Gobernabilidad para la Transición ha considerado el proyecto de texto producido por la Comisión de Relaciones Interjurisdiccionales, Partidos Políticos y Mecanismos de Democracia Directa, sobre límites de la Ciudad contenido en el Despacho de Comisión N° 91 y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, os aconseja la sanción del siguiente:

PROYECTO DE TEXTO 79°

La Convención Constituyente

SANCIONA

Artículo... - Los límites territoriales de la Ciudad de Buenos Aires son los que históricamente y por derecho le corresponden, conforme a las leyes 1029, 1585, 2089, 17891, 18339, 20725, 21039, 21825, decretos 16674 y 8147. Sin perjuicio de ello, se declara que la Ciudad de Buenos Aires es corribereña del Río de la Plata y del Riachuelo, los cuales constituyen en el área de su jurisdicción bienes de su dominio público. Tiene el derecho a la utilización equitativa y razonable de sus aguas y de los demás recursos naturales del río, su lecho y subsuelo, sujeto a la obligación de no causar perjuicio sensible a los demás corribereños. Podrá

2. *Ibíd.*, p. 538.

establecer las reglamentaciones al respecto. Sus derechos no podrán ser turbados por el uso que hagan otros corribereños de los ríos y sus recursos. Todo ello, sin perjuicio de las normas de Derecho Internacional aplicables al Río de la Plata y con los alcances del artículo 129 de la Constitución Nacional.

La Ciudad concierne con las restantes jurisdicciones el uso y aprovechamiento de los recursos hídricos compartidos.

Artículo... - En su carácter de corribereña del Río de la Plata y del Riachuelo, la Ciudad tiene plena jurisdicción sobre todas las formaciones insulares aledañas a sus costas, con los alcances permitidos por el Tratado del Río de la Plata. Serán consideradas como reservas naturales para preservar la flora y la fauna de sus ecosistemas.

Artículo... - Son espacios públicos, de libre acceso y circulación los que forman parte del contorno ribereño de la Ciudad.

Sra. Kelly³ - Señor Presidente: ante todo quisiera señalar en el inicio de mi intervención, que este dictamen fue propuesto por la comisión debido a que se estimaba indispensable determinar en la Constitución los límites de la Ciudad, a efectos de dar fijeza al territorio dentro del cual ella habrá de aplicarse.

Si bien el dictamen consta de tres artículos, el primero de ellos es el que se refiere específicamente a los límites de la Ciudad. Este artículo consta de dos partes fundamentales, la primera de las cuales está referida a los límites que históricamente y por derecho corresponden a la Ciudad de Buenos Aires. A tal efecto se tienen en cuenta la Ley Avellaneda, que lleva el número 1029, y las demás leyes y decretos que hacen referencia al territorio de la Ciudad de Buenos Aires. En definitiva, este artículo recepta en la Constitución todas estas normas a los fines de determinar con fijeza el territorio.

La segunda parte del artículo mencionado se vincula con el carácter de corribereña que la Ciudad de Buenos Aires tiene con relación al Río de la Plata, lo que constituye una declaración muy importante, pues se relaciona con la jurisdicción que debe ejercer la Ciudad sobre las aguas del Río de la Plata. Además, se vincula con intereses muy precisos de los habitantes de esta Ciudad.

Por lo tanto, en esta parte del primer artículo se declara, en primer lugar, como he dicho, que la Ciudad de Buenos Aires es corribereña del Río de la Plata. En segundo lugar, se establece que esto se declara

3. *Ibidem*, pp. 539-541.

sin perjuicio de las normas del Derecho Internacional que son aplicables al Río de la Plata, lo que desde luego incluye el Tratado del Río de la Plata firmado entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay. En tercer lugar, se expresa que esta declaración tiene los alcances establecidos en el artículo 129 de la Constitución Nacional, lo que deja muy a salvo los derechos e intereses de la Nación sobre este mismo río.

Con relación al Río de la Plata –y al Riachuelo, que había omitido pero que es muy importante– el artículo declara que se trata de un bien del dominio público, de acuerdo con el criterio seguido por el artículo 2340 del Código Civil, que es ley de la Nación. En segundo término, la norma intenta definir con precisión qué se quiere decir cuando se declara que la Ciudad de Buenos Aires es corribereña del Río de la Plata, porque es aquí en donde entran a jugar los intereses de los vecinos, de los conciudadanos o de los simples transeúntes.

En este sentido, se declara el derecho a la utilización equitativa y razonable de sus aguas y de los demás recursos naturales del río, su lecho y subsuelo. En segundo término, se expresa que la obligación de la Ciudad consiste en no causar perjuicio sensible a otros corribereños, con lo que de alguna manera estamos garantizándoles que esa es la intención política de la Ciudad.

En tercer lugar, al mismo tiempo que la Ciudad hace esta declaración se establece que sus derechos sobre el río no deben ser turbados por los demás corribereños, ya que los derechos vinculados a la ribera de la Ciudad son muy importantes para la vida de las personas, porque por ejemplo se refieren a tener agua potable, agua fresca, segura, no contaminada. Estos son derechos que la Ciudad declara por esta disposición. Explico esto porque no quisiera que el señor convencional Castells diga –como lo acaba de hacer cuando se trataba el tema del puerto– que estamos siendo audaces. Yo diría que somos muy justos y equitativos porque estamos preservando derechos fundamentales para la Ciudad de Buenos Aires. Por eso es que salgo al cruce –dado que no hay mucho tiempo para este debate– y señalo que la intención de este artículo ha sido preservar estos derechos de la Ciudad y de sus habitantes.

También quisiera decir que todo esto es coherente con la doctrina nacional, que la República Argentina ha defendido en todos los foros internacionales cada vez que se trató el tema de los recursos compartidos. De manera que no nos estamos apartando ni un ápice de lo que ha sido la doctrina nacional en esta materia, como tampoco de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando se

expidió en cuestiones entre provincias estableciendo estos mismos principios, que son los aplicables a los cursos de agua.

Por el segundo artículo del dictamen se establece que la Ciudad tiene plena jurisdicción sobre todas las formaciones insulares aledañas a sus costas, que se forman porque el Río de la Plata tiene características aluvionales. Había que prever la situación de estas formaciones insulares aledañas a las costas y sujetarlas a la jurisdicción de la Ciudad, pero siempre respetando los alcances del Tratado del Río de la Plata. Es decir que en todo momento estamos preservando la justeza de nuestros derechos.

En la última parte del mencionado artículo se considera como reservas naturales a dichas formaciones insulares.

El tercer artículo declara espacios públicos y de libre acceso y circulación al contorno ribereño de la Ciudad –es decir, la costa de Buenos Aires– para que no haya apropiaciones indebidas que impidan a la ciudadanía el recreo y el esparcimiento que esta costa debe permitir.

Sra. Maronese⁴ - Señor Presidente: solicito autorización para insertar el texto de mi discurso en el Diario de Sesiones. De todas formas, haré algunas consideraciones.

No quiero abundar en los detalles que ya han sido expuestos por la señora convencional Kelly. Tan solo deseo afirmar explícitamente que debe sostenerse que la Ciudad de Buenos Aires, no solo por su historia sino también por la particular injerencia sobre el río, no puede convertirse en un Estado seco. De hecho, nunca lo ha sido, y nadie nunca ha dudado de que esta Ciudad ha sido fundamentalmente una ciudad puerto, una ciudad ribereña.

Sin embargo, debo reconocer que para la gente hubo un momento en que el río se perdió. Por experiencia propia recuerdo que hace unos veinticinco años me metí en el río y salí toda empetrolada. En ese entonces el tema no era noticia en los diarios, como ahora se publica que salen pingüinos empetrolados; solamente recuerdo fotos de carteles que prohibían bañarse en la playa Saint Tropez, de moda en esos momentos.

Después vinieron las construcciones, las concesiones, las modernas instalaciones privadas, las denuncias y quejas que no pudieron impedir la privatización del río. Hoy estamos mirando cómo brotan de la galera proyectos faraónicos que llevan implícitas fabulosas inversiones.

4. *Ibidem*, pp. 541-542.

Pero pienso que ahora ya hemos tomado conciencia del problema y dijimos basta. Dijimos basta cuando nos opusimos a esos proyectos, cuando votamos el 30 de junio, y hoy que vamos a votar estos artículos que se refieren a los límites de la Ciudad.

Lo que vamos a votar tiene una enorme importancia. Por fuera de todo debate formal o jurídico sobre el tema de la autonomía, llegamos aquí con la intención de dejar sellada en esta Constitución la necesidad de que el jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires cuente con la normativa y jurisdicción sobre aquellos problemas respecto de los cuales los vecinos van a reclamar una respuesta, tanto sobre el Riachuelo –que hace largos años tiene mala fama y ya se miraba con horror en 1871, cuando se produjo la epidemia de fiebre amarilla– como sobre el Río de la Plata.

No sé cuánto se podrá recuperar de todo lo que perdimos, pero es momento de empezar a hacerlo.

Sra. Pérez Suárez⁵ - Señor Presidente: en primer lugar, debemos destacar que no es competencia de una Convención Estatuyente expedirse en materia de límites, de acuerdo con lo que dice la Constitución Nacional. Nuestra Ley Suprema, en su artículo 75, inciso 15, dispone que corresponde al Congreso “arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las Provincias, crear otras nuevas, y determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales, que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias”. Si bien no se menciona a la Ciudad de Buenos Aires, creemos que por interpretación analógica corresponde que se le aplique esta norma.

Es evidente, a la luz del texto constitucional, que ni la Ciudad ni provincia alguna pueden por sí solas fijar límites que son siempre de materia interjurisdiccional. Por otra parte, los límites de la Ciudad de Buenos Aires son tan obvios que parece innecesario mencionarlos en este Estatuto.

Está muy claro, además, que la jurisdicción del Río de la Plata es de materia federal, y que, como todos saben, es un límite internacional. De tal manera que la jurisdicción ambiental nunca podría corresponder a la Ciudad, porque si siguiéramos ese criterio deberíamos tener jurisdicción ambiental sobre el conurbano, puesto que también la Ciudad podría verse afectada por él.

5. *Ibidem*, pp. 542-543.

Hemos planteado estas disidencias en la comisión que preside el señor convencional Enrique Martínez y, por supuesto, hemos suscripto el último artículo, referente a los espacios públicos de libre acceso.

Respecto de la Reserva Ecológica nos hemos comprometido, junto con el doctor Ruckauf y los demás integrantes de la lista de estatuyentes del Partido Justicialista, a respetar esta propuesta a través de lo que se llamó, creo, un “pacto verde”, acordado con distintas organizaciones. Entonces, con las disidencias que hemos planteado, que tienen indudable coherencia con las manifestaciones del convencional Castells cuando se expidió sobre el dictamen en el tema de puertos, dejamos sentada nuestra posición con respecto al dictamen en consideración.

Sr. Brailovsky⁶- Señor presidente: adhiero al proyecto en consideración. Entiendo que no fija los límites de la Ciudad sino que solamente los explicita, de la misma manera en que lo hacen las constituciones de la Provincia de Buenos Aires y de las Provincias patagónicas con frente marítimo.

Quiero llamar la atención sobre el segundo artículo, con respecto a la jurisdicción sobre las islas. Esto no se refiere solamente al caso de que algún irresponsable quiera hacer una isla artificial sino que, además, prevé la situación que se puede generar por el proceso de formación de las islas del delta, que es muy acelerado. En efecto, hace un siglo el delta llegaba hasta lo que hoy es la Ciudad de Tigre; en un siglo llegó hasta San Isidro y, de acuerdo con la velocidad con que avanza, es muy probable que en las próximas décadas tengamos las islas del delta delante de la Ciudad de Buenos Aires.

De manera que me parece una excelente previsión constitucional que se explicita desde este momento la jurisdicción de la Ciudad sobre esas islas que, insisto, están a punto de formarse.

Sra. Pérez Suárez⁷ - Señor Presidente: independientemente de que por razones que no voy a explicitar aún los acuerdos a los que se había arribado en la reunión de labor parlamentaria han quedado en suspenso, y esperaré la orden del presidente de mi bloque para cumplirlos, voy a responder a la señora convencional Kelly porque he sido aludida por ella.

6. *Ibidem*, pp. 543-544.

7. *Ibidem*, pp. 545-546.

El 19 de noviembre de 1973 se suscribió entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay el Tratado de Montevideo, aprobado y luego publicado en el Boletín Oficial el 18 de febrero de 1974. Dicho tratado fija los límites sobre el Río de la Plata entre ambos países, estableciendo las áreas de jurisdicción argentina y uruguaya, respectivamente.

Es facultad del Congreso de la Nación determinar la calidad de bien público; así lo expresa Bidart Campos en su *Tratado de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I, página 163. Dice que incumbe a la ley del Congreso determinar cuáles son los bienes del dominio público y del dominio privado de las provincias, distinguiendo posteriormente que el dominio de las provincias sobre sus bienes no coincide con la jurisdicción; puede haber dominio sin jurisdicción y, así, en materia de los ríos, las provincias tienen el dominio de los que corren por su territorio, sin perjuicio de la jurisdicción federal del Congreso con respecto a la navegación y al comercio interprovincial.

Indudablemente, estos debates que hemos tenido en la Comisión de Relaciones Interjurisdiccionales, Partidos Políticos y Mecanismos de Democracia Directa, quedaron reflejados en sendos dictámenes, en mayoría y en minoría, que han sido publicados.

Inserción solicitada por el señor convencional Canata⁸

Estamos frente a la obligación histórica de crear una Constitución moderna, progresista, que entre otras cuestiones, permita ubicar a Buenos Aires entre las principales ciudades del mundo, cumpliendo así el objetivo primordial de alcanzar el bienestar para todos y cada uno de los habitantes de nuestra Ciudad.

La tarea del constituyente no debe ser defender las políticas de un gobierno circunstancial, nuestra responsabilidad es diseñar los resortes necesarios para que las instituciones puedan dar respuesta a los intereses de la comunidad.

Con relación al tema que nos ocupa, es decir el dominio del puerto de la Ciudad de Buenos Aires, me permito señalar que al igual que el resto de los bienes del dominio público de la Ciudad sobre los cuales el Estado ejercía facultades delegadas, fueron transferidos a nuestra Ciudad en virtud del reconocimiento del carácter autónomo de Buenos Aires, ocurrido en 1994, en la provincia de Santa Fe.

8. *Ibidem*, pp. 683-685.

Obvio es mencionar que tal carácter supone, entre otras atribuciones, el de la titularidad de los bienes que se encontraren en su jurisdicción, en particular la de los bienes que integran el dominio público sujetos a un régimen jurídico especial. En tal sentido, el Código Civil establece expresamente que los bienes del dominio público, entre los que se menciona expresamente a los puertos, son de titularidad del Estado nacional o de los Estados locales, según la jurisdicción en que se encontraren situados.

En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, el dominio fue transferido –como señalara precedentemente– por el reconocimiento constitucional de la autonomía de la Ciudad, por la reforma de 1994.

No obstante lo expuesto, no podemos dejar de señalar que, en el año 1992, el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 24093, denominada Ley General de Puertos, la cual en su artículo 11 estableció la transferencia a título gratuito del dominio o administración portuaria a las Provincias y/o a la municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

El Poder Ejecutivo vetó la parte correspondiente a la municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, la razón obvia ha sido la *capitis diminutio* sufrida por la Ciudad en cuanto a su autonomía y que el Poder Ejecutivo explica claramente en los considerandos del Decreto N° 1029/92: “La municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires es un ente descentralizado que actúa dentro de la esfera del Gobierno federal y por lo tanto resulta conveniente que la privatización del puerto mencionado sea ejecutada por la máxima autoridad de este que no es otro que el Poder Ejecutivo Nacional”.

La titularidad de los bienes del dominio público es uno de los componentes esenciales que da real contenido a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires consagrada en la reforma constitucional del año 1994.

Una interpretación contraria es claramente inconstitucional.

Este argumento hoy es insostenible. La Ciudad de Buenos Aires tiene un régimen de gobierno autónomo.

Nada justifica que la Ciudad no tenga injerencia en las decisiones que está tomando el Poder Ejecutivo Nacional sobre el puerto, sus accesos, áreas ribereñas y el destino de los espacios colindantes que se están reasignando y privatizando. Ello afectará, seguramente, la eficiencia del puerto y, por sobre todas las cosas, la calidad de vida de los vecinos. Por otra parte, existe una fuerte demanda de las fuerzas vivas que interactúan en el puerto para que la Ciudad participe activamente en su administración y arbitraje de intereses.

Tengamos en cuenta que casi un tercio de la Ciudad limita con el río.

Cómo podríamos los convencionales que representamos a los vecinos de Buenos Aires admitir sin avergonzarnos que mediante una ficción jurídica se prive a los porteños de disfrutar plenamente de esta parte inescindible del territorio.

Negarle a nuestra Ciudad este derecho, sería contrariar el espíritu del constituyente de Santa Fe, cuando decidió que Buenos Aires sea autónoma.

La organización centralista prevista por el Ejecutivo Nacional para nuestro puerto, está en abierta contradicción con lo que hizo con los otros puertos principales y el espíritu de los artículos 11 y 12 de la Ley N° 24093 de 1992, como así también con la Constitución Nacional. Tampoco está en sintonía con las modernas tendencias de eficacia y descentralización que se aplican en los puertos más competitivos del mundo, administrados por las ciudades respectivas, como los puertos de Rotterdam, Barcelona, Marsella, Génova, etc.

Además, encontramos un aspecto adicional, los servicios públicos, entre los que están incluidos los que presta el puerto, son de titularidad de los Estados locales, en este caso de la Ciudad de Buenos Aires. El Estado nacional también transfirió, por mandato constitucional, la titularidad de los servicios públicos que se prestan en la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires.

A efectos de aclarar lo que estamos debatiendo, recuerdo que cuando hablamos de dominio nos referimos a la condición o situación legal de la cosa o bien, y cuando hablamos de jurisdicción entendemos por tal la potestad para reglar el o los usos de que una cosa o bien es susceptible, a fin de ampliar el concepto, me permito citar a Bielsa quien aclara que en su sentido propio, preciso y técnico, la jurisdicción consiste en la potestad de dictar actos jurisdiccionales; en sentido lato o impropio es una atribución de reglar originariamente una materia.

Por principio constitucional, la reglamentación de todo lo relativo a la navegación exterior o interprovincial compete al Gobierno Federal, aspecto independiente del dominio sobre los bienes sometidos a ella. Efectuada esta aclaración, quiero agregar que es innegable que el Poder Central ejerce jurisdicción en materia de aduana, migraciones, salubridad, las cuales en modo alguno se verían menoscabadas en el esquema que proponemos.

El dominio de nuestro puerto corresponde a nuestra Ciudad, cuyas instituciones son las únicas que se encuentran en condiciones para impulsar medidas sobre las distintas alternativas de explotación.

En efecto, de acuerdo con la Ley Fundamental “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal”. Artículo 121. “Y por otra parte, las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación”. Artículo 126. Consiguientemente no habiéndose delegado poder alguno sobre el dominio marítimo, fluvial o portuario, su pertenencia a las provincias constituye la única conclusión lógica.

Buenos Aires dejó de ser un ente descentralizado del Poder Central, no hay más delegados del Poder Ejecutivo Nacional.

En definitiva, hoy Buenos Aires se gobierna a sí misma.

Señora Presidenta: no podemos consentir la discriminación que sufre la Ciudad de Buenos Aires en materia portuaria. Cerrar los ojos ante esta situación significaría ser cómplice del avasallamiento de los derechos de nuestra Ciudad.

Concluimos este comentario con la doctrina de la Corte en materia de deslinde jurisdiccional territorial, según la cual:

Los poderes nacionales son supremos y absolutos y se aplican en todo el territorio de la República, es decir aun dentro del territorio provincial los poderes provinciales presentan los mismos caracteres, pero únicamente pueden ser ejercitados, dentro de los límites territoriales de cada provincia (Fallos: 147:239 y 220:1354).

Las provincias no son divisiones administrativas de la Nación; gozan de autonomía, pueden darse sus propias instituciones, regirse por ellas y “legislar sobre sus bienes públicos” (Fallos: 240:311).

Artículo 9

Son recursos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:

- 1. Los ingresos provenientes de los tributos que establece la Legislatura.**
- 2. Los fondos de coparticipación federal que le correspondan.**
- 3. Los provenientes de las contribuciones indirectas del artículo 75, inciso 2, primer párrafo, de la Constitución Nacional.**
- 4. Los fondos reasignados con motivo de las transferencias de competencias, servicios y funciones, en los términos del artículo 75, inciso 2, quinto párrafo, de la Constitución Nacional.**
- 5. Los ingresos provenientes de la venta, locación y cesión de bienes y servicios.**
- 6. La recaudación obtenida en concepto de multas, cánones, contribuciones, derechos y participaciones.**

7. **Las contribuciones de mejoras por la realización de obras públicas que beneficien determinadas zonas.**
8. **Los ingresos por empréstitos, suscripción de títulos públicos y demás operaciones de crédito.**
9. **Las donaciones, legados, herencias vacantes y subsidios.**
10. **Los ingresos por la explotación de juegos de azar, de apuestas mutuas y de destreza.**
11. **Los ingresos provenientes de los acuerdos celebrados con la Nación, las Provincias, las regiones, las municipalidades, los Estados extranjeros y los organismos internacionales.**
12. **Los restantes que puedan integrar el tesoro de la Ciudad.**

En esta norma del artículo 9 se detalla la forma en que se integran los recursos de la Ciudad. Se incluyen los fondos de coparticipación federal y las contribuciones indirectas establecidos en el artículo 75, inciso 2 de la Constitución Nacional (cfr. cláusula transitoria tercera).

Asimismo, se establece la legalidad de los tributos al referir que deben ser establecidos por la Legislatura. (Observamos que dicho principio está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 51).

Al respecto, en el debate de la Convención Constituyente, el convencional Garré manifestó:⁹

Por supuesto, la nueva Ciudad que se haya de crear debe contar con recursos con que atender a sus necesidades habituales, y en función de esto hemos querido efectuar una enumeración de recursos lo suficientemente amplia y generosa como para dotar al futuro Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires de los elementos y herramientas en materia de recursos, a fin de garantizar su funcionamiento efectivo y eficaz. En primer lugar, se ha establecido que el recurso por excelencia con que ha de contar la Ciudad es el de los ingresos provenientes de los tributos que establezca la Legislatura. El término tributos ha de entenderse en su clasificación tripartita, tal cual la realiza el Modelo de Código Tributario para América Latina, el que fuera elaborado por los máximos juristas de Latinoamérica en el tema, como Giuliani Fonrouge, de Argentina, Ramón Valdés Costa, de Uruguay, y Rubens Gomes de Souza, de Brasil. En el proyecto de elaboración de los mencionados juristas se entiende por tributos los impuestos, las tasas y las con-

9. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 6ª Reunión, 4ª Sesión Ordinaria, *op. cit.*, T. 1, pp. 729-731.

tribuciones especiales. Por lo demás, han de entenderse por tributo aquellas prestaciones de dinero que el Estado en ejercicio de su poder de imperio exige, con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines.

Por su parte, el jurista español Matías Cortés Domínguez, en una misma línea argumental, concibe los siguientes caracteres de tributos: son debidos a un ente público, encuentran su fundamento jurídico en el poder de imperium del Estado y se establecen con el fin de allegar los medios para cubrir las necesidades financieras del Estado y de los demás entes públicos.

En cuanto a la coparticipación federal, es este un recurso con el que cuenta la Ciudad de Buenos Aires conforme a la reforma de la Constitución Nacional del año 1994. Con la reforma antedicha se ha hecho justicia, ya que la Ciudad de Buenos Aires contribuye grandemente al sistema de coparticipación federal y no participa en la distribución primaria. Luego de la modificación de la que fuera objeto nuestra Ley Fundamental, esto ha tomado un giro distinto ya que de ahora en más la Ciudad habrá de participar en la distribución primaria del sistema de coparticipación federal constitucionalizado en el citado año 1994.

Asimismo, corresponde tener presente que la Ciudad de Buenos Aires, a pesar de contribuir notablemente al sistema de coparticipación federal, no recibía en la proporción adecuada los fondos provenientes de dicha coparticipación con los que pudiera hacer frente a sus necesidades. Creemos que esta fuente de recursos con los que ahora cuenta la Ciudad, además de la participación en la distribución primaria, ha de redundar en beneficio de ella.

En cuanto a las contribuciones indirectas, antes de la reforma constitucional eran de competencia concurrente entre el Gobierno Federal y las provincias. Con la nueva situación jurídico-institucional de la Ciudad de Buenos Aires, estas deberían ser también de su competencia.

Otro recurso con que debe contar la Ciudad es el producido de la enajenación de sus propiedades, como también las rentas que se obtengan de los servicios que presta. Respecto de los servicios que el Estado presta, es dable advertir que este asume actividades diversas en virtud del principio de suplencia o subsidiariedad. Cuando el Estado presta algún servicio lo hace o bien porque la prestación de tal servicio por parte de la iniciativa privada no es suficiente, o bien porque los particulares no lo prestan. Esta prestación de servicios por parte del Estado autoriza que en determinadas condiciones este exija alguna retribución por tales servicios.

En lo que concierne a las multas o sanciones pecuniarias existe acuerdo doctrinario en señalarlas como uno de los recursos del Estado. Tal acuerdo se debe principalmente a que lo percibido por tales conceptos pasa a integrar las rentas generales. Sin perjuicio de reconocer el carácter punitivo de estas se hace necesario, a fin de evitar un afán recaudatorio desmesurado, otorgar en su aplicación las máximas garantías del debido proceso a los presuntos infractores.

En cuanto a la explotación de los juegos de azar, es una realidad innegable que existe un sector considerable de la población que tiene cierta propensión hacia este tipo de actividad lúdica. Sin perjuicio de reconocer los efectos a veces perniciosos que la excesiva afición a esas actividades provoca en la sociedad, tampoco debe olvidarse que la recaudación por tales juegos constituye una fuente de recursos que no debe pasarse por alto, a fin de que la Ciudad destine lo recaudado a solventar los fines generales y solidarios para los cuales fueron creados.

Otro recurso que se ha contemplado expresamente en el proyecto de texto estatutario es el de los ingresos provenientes de los acuerdos celebrados con la Nación, provincias o municipalidades, y aun con Estados extranjeros u organismos internacionales.

En lo atinente a los acuerdos que habría de celebrar la Ciudad con las provincias, el Gobierno Federal y los municipios, esto encuentra su fundamento en el federalismo, concebido este como cooperación, acuerdo, vigilia o espera, y nunca debe ser entendido como la puja o la confrontación. El federalismo es ante todo acuerdo en procura de intereses en pro de la comunidad. Es por ello que con un profundo sentido del federalismo la Ciudad de Buenos Aires ha de contar con la posibilidad de celebrar acuerdos no solo con otras provincias sino con la Nación y con otros municipios.

Respecto de la posibilidad de celebrar acuerdos con Estados extranjeros como con organismos internacionales, esto ha de ser entendido como la posibilidad con que cuenta la Ciudad de abrirse al mundo, teniendo en vista los tiempos que corren y la globalización. Negar a la nueva Ciudad esta facultad implicaría colocarla ante el riesgo de la imposibilidad de adaptarse a los nuevos cambios, por cierto vertiginosos. En función de esta sucinta expresión de la composición de los recursos que ha de tener nuestra Ciudad Autónoma, pido a la Convención la aprobación de este proyecto de texto estatutario.

El 18 de enero de 2016 se dictó el Decreto N° 194/2016, en el cual se establece que la participación que le corresponde a la Ciudad Autó-

noma de Buenos Aires por aplicación del artículo 8 de la Ley N° 23548 y sus modificaciones se fija en un coeficiente equivalente al 3,75% sobre el monto total recaudado por los gravámenes establecidos en el artículo 2 de la citada ley, a partir del 1° de enero de 2016. Se derogó el Decreto N° 705 de fecha 26 de marzo de 2003.

LIBRO PRIMERO

DERECHOS, GARANTÍAS Y POLÍTICAS ESPECIALES

INTRODUCCIÓN: LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES [1996-2016]: VEINTE AÑOS DE DERECHOS, GARANTÍAS Y POLÍTICAS ESPECIALES

Por Andrés Gil Domínguez

LA CONVENCION CONSTITUYENTE DE 1996, LAS IDEAS FUERZA Y LAS NORMAS DE CIERRE

La Convención Constituyente de la Ciudad de Autónoma de Buenos Aires de 1996, reunida en la Biblioteca Nacional, tuvo en cuenta varias ideas fuerza como plataforma del debate, la redacción y la sanción de la Constitución fundacional.

Tomando como piso el Derecho federal proveniente de la Constitución argentina, la primera idea fuerza consistió en elaborar enunciados normativos que pudiesen superar las peligrosas ambigüedades que se habían suscitado respecto de las imprecisiones emergentes de varios institutos incorporados por la reforma constitucional nacional de 1994. Por ello, en el campo de la organización del poder se recurrió a las reglas cerradas para evitar que las futuras mayorías eventuales pudieran distorsionar el modelo pergeñado.

La segunda idea fuerza se basó en el uso de un lenguaje no discriminatorio y no sexista en la redacción de la Constitución con el objeto de cambiar las reglas, romper los muros, despertar a las princesas dormidas, infundirle vida a la lengua y superar el uso del genérico masculino como sinónimo o referencia exclusiva de los hombres.¹

1. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2016, T. 1, p. 550 y ss. (convencionales Pérez Suárez, Lubertino, Chiernajowsky y Pierini).

La tercera idea fuerza se vinculó con la incorporación en igualdad jerárquica normativa y con la mayor amplitud posible de un catálogo moderno de derechos, procesos constitucionales y políticas especiales.

La cuarta idea fuerza postuló sancionar una Constitución moderna y pluralista, en la cual la organización del poder se concibió como la primera garantía de los derechos y las políticas especiales.

En directa relación con las ideas fuerza, los convencionales constituyentes incorporaron tres normas de cierre del sistema constitucional sancionado.

La primera, prevista por el artículo 10, se refiere a la profundización del paradigma constitucional-convencional previsto por el convencional federal al constituir para la Ciudad de Buenos Aires un modelo de Estado constitucional y convencional de Derecho, cuya regla de reconocimiento está configurada por la Constitución argentina y los Tratados Internacionales que consagren derechos y garantías.

La segunda, también alojada en el artículo 10, se vincula con la fuerza normativa, operatividad y aplicación directa de los derechos y garantías contemplados en la regla de reconocimiento local, y establece que una interpretación de buena fe implica que la omisión o insuficiencia legal no puede oponerse a su efectiva vigencia y aplicación por cuanto existe un expreso mandato constitucional prohibitivo al respecto.

La tercera, incorporada por el artículo 11, construye un orden jurídico y un orden simbólico, donde la dignidad de las personas se proyecta en el principio de igualdad y en el derecho a la no discriminación como norma que prohíbe que las diferencias descriptivas puedan ser válidamente utilizadas como justificantes de diferencias normativas. Entre las categorías interdictorias incorporadas se destacan como positiva novedad el género y la orientación sexual (propuestas por la convencional Lubertino) y la condición psicofísica de las personas. En el debate constituyente se brindaron varios fundamentos relevantes sobre el tema. Se sostuvo la noción de aceptación como dignificación de la diferencia o eje del ser (Santa María), la de piedra angular de la construcción constitucional (Zaffaroni) y la de intervención estatal mediante acciones positivas con el objeto de consagrar la igualdad real de los derechos (Lubertino).²

2. *Ibidem*, p. 684.

La fuerza irradiante del artículo 11 con el derecho a ser diferente se reflejó en varias leyes de avanzada y fallos de trascendencia mundial, tales como:

- La Ley N° 1004, que tuvo por objeto regular la unión de dos personas conformada libremente con independencia de su sexo u orientación sexual.
- La Ley N° 3062, mediante la cual se garantizó el derecho a ser diferente respecto de la identidad de las travestis y transexuales que utilicen un nombre distinto al consignado en su documento de identidad, debiendo el GCBA en todos sus ámbitos y al solo requerimiento utilizar el nombre adoptado por ellas.
- La Ley N° 5261, que persigue garantizar y promover la plena vigencia del principio de igualdad y no discriminación, con vistas a asegurar el efectivo ejercicio de los derechos de todas las personas y grupos de personas, prevenir la discriminación en todas sus formas, a través de la implementación y el desarrollo de políticas públicas inclusivas y acciones afirmativas que promuevan la igualdad de oportunidades y fomenten el respeto a la diversidad y a la dignidad inherente de cada ser humano, y sancionar y reparar los actos discriminatorios, garantizando el acceso a la Justicia y generando condiciones aptas para erradicar la discriminación, la xenofobia y el racismo. Esta se configura como una de las normas más modernas a nivel mundial en la materia al establecer –en su artículo 2– distintas tipologías, tales como la discriminación *de jure* (esto es, toda distinción normativa que excluya, restrinja o menoscabe el goce o el ejercicio igualitario de los derechos, que puede ser directa cuando el pretexto discriminatorio es invocado explícitamente como motivo de distinción, exclusión, restricción o menoscabo, o indirecta cuando el pretexto discriminatorio es invocado implícitamente como motivo de distinción, exclusión, restricción o menoscabo) y la discriminación *de facto* (esto es toda exclusión, restricción o menoscabo de hecho en el goce o en el ejercicio igualitario de los derechos sin que el criterio de distinción sea mencionado). Asimismo, incorpora –en el artículo 13– la teoría de la carga dinámica de la prueba ya que establece que en los procesos promovidos en los cuales se controvierte la existencia

de hecho, acto u omisión discriminatoria, resultará suficiente para la parte que afirma dicho motivo la acreditación de hechos que, evaluados *prima facie*, resulten idóneos para inducir su existencia. En ese caso corresponderá a la parte demandada, a quien se reprocha el hecho, acto u omisión, la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación.

- La Resolución 38/12 del Subsecretario de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante la cual se instruyó a la Dirección General de Registro Civil y Capacidad de las Personas para que

... en lo sucesivo admita y proceda a la inscripción de niños/as, cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo respetando los términos de la Ley N° 26618, evitando adicionar constancias lesivas o discriminatorias; y equiparando las mismas sin establecer diferencias entre las partidas de niños/as, ni referencias a la orientación sexual de sus progenitores/as (artículo 1).

También le ordenó a dicha repartición que

... suprima de los formularios, inscripciones, partidas y demás documentos oficiales toda referencia que pueda resultar una distinción entre solicitantes del mismo o diverso sexo, generando procesos de identificación y discriminación contrarios al principio de igualdad (artículo 4).

- El caso “Dermgerd, Carlos Gustavo y otros c/GCBA y otros s/ amparo” (conocido mundialmente como el “caso Tobías”), en el cual la magistrada Elena Liberatori ordenó, por primera vez en la historia nacional e internacional, aplicando directamente la Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, la inscripción en la Dirección General de Registro Civil y Capacidad de las Personas de la copaternidad de un matrimonio igualitario de un niño nacido mediante el método de gestación por sustitución en la República de la India.

LOS DERECHOS Y LAS GARANTÍAS

Los derechos incorporados trajeron un aire de renovación a la normatividad argentina, modernizaron contenidos y adelantaron cuestiones que todavía no se discutían plenamente.

El derecho a la identidad de las personas fue relacionado por los constituyentes con el derecho a la memoria (Oviedo), el derecho a la verdad (Ibarra) y el conjunto de datos que dan lugar a que la persona sea como tal, que no se limitan a lo biológico, que se refieren a construcciones culturales que varían según las personas y que no obstruyen el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida en su faceta heteróloga puesto que el donante de semen no será el padre de la futura criatura (Lubertino).³

El derecho a la comunicación propició una resignificación de la libertad de expresión al abarcar al emisor y receptor por igual, como así también al subsumir en un mismo ámbito a la prensa escrita y a la comunicación audiovisual. En este sentido, la Ley N° 4565 desarrolla de forma amplia los contenidos de dicho derecho.

El derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana fue otro de los grandes aportes por cuanto distinguió los ámbitos donde se proyecta el plan de vida o mismidad biográfica de las personas, siguiendo a gran parte de la doctrina de avanzada (Nino y Bidart Campos). En el debate se postuló la protección de dicho derecho respecto de los “medios electrónicos” (Santa María) y se adelantó de esta manera el actual debate sobre la tutela efectiva de la intimidad en la “galaxia” Internet⁴ y propiciando fallos como “Gil Domínguez, Andrés Favio c/Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del GCBA s/amparo” (Expediente N° A 352-2014-O), mediante el cual el juez López Alfonsín dispuso el cese de la omisión constitucional denunciada y ordenó a la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adoptar, en un plazo de 180 días, las medidas necesarias a fin de exigir a los proveedores de servicios de búsqueda y enlaces o motores de búsqueda en Internet domiciliados

3. *Ibidem*, T. 2, p. 988 y ss.

4. *Ibidem*, p. 610.

en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que incorporasen de manera obligatoria un Protocolo Interno de Protección al Derecho a la Intimidad de los usuarios de Internet.

La enunciación de la libertad religiosa junto con la libertad de conciencia ubica a los creyentes y a los no creyentes en un mismo plano normativo, como si fueran las dos caras del mismo derecho. En el debate, se planteó como fundamento de la norma que se estaba garantizaría a la sociedad su crecimiento como comunidad con diversidades selectivas en lo religioso, en lo político y en lo ideológico, que enriquecerían el futuro común (Guarido).⁵

La inviolabilidad de la propiedad adoptó el mismo formato normativo utilizado por la Constitución argentina, con el agregado de que en caso de expropiación, la indemnización previa debe respetar el “justo valor” del bien. En este sentido, el artículo 9 de la Ley N° 238 establece que la indemnización a pagar sólo comprende el valor objetivo del bien al momento de entrar en vigencia la ley que lo hubiere declarado de utilidad pública, los daños que son consecuencia directa e inmediata de la expropiación y los respectivos intereses, y que no se toman en cuenta circunstancias de carácter personal, los valores afectivos, las ganancias hipotéticas ni el mayor valor que confiere al bien la obra a ejecutarse. No se paga el lucro cesante. Los contratos celebrados con posterioridad a la fecha de la ley no se toman en cuenta para determinar su valor. No se indemnizan las mejoras realizadas en el bien con posterioridad al acto que lo declara afectado a expropiación de las mejoras necesarias. La indemnización se paga en dinero efectivo. Si el expropiado presta su conformidad, el expropiante podrá efectuarlo en otra especie de valor.

El real acceso a la Justicia también fue una incorporación novedosa: se colocó en la superficie la relación existente entre tutela judicial efectiva y razones económicas que operan como obstáculo. En el debate constituyente se sostuvo que este derecho reposaba sobre un trípode estructurado por el acceso al conocimiento del Derecho, el acceso al sistema de administración de justicia y el acceso a la Justicia, puesto que primero es fundamental conocer las normas, luego se debe posibilitar la igualdad de oportunidades en el acceso y por último debe

5. *Ibidem*, p. 578.

hacerse justicia, pero para que esto ocurra deberán acceder a ella los propios magistrados, abrevando en principios de equidad y sensibilidad social (Pierini).⁶

En lo atinente a la protección de la libertad física de las personas, los convencionales constituyentes optaron por un modelo de reglas cerradas de todo o nada, a diferencia de la estructura de principios hasta allí utilizada para el resto de los derechos. De todas ellas se destaca la expresa erradicación y prohibición futura de toda clase de norma que exprese o implícitamente habilite cualquier manifestación de un derecho penal de autor o de peligrosidad sin delito. En el debate constituyente se sostuvo con firmeza y claridad que dicha garantía consagraba al documento nacional de identidad como uno de los presupuestos básicos que hacen a la privacidad de las personas, y que en ese principio se fundamenta la imposibilidad de que sea retenido por ninguna autoridad (Santa María). También se sostuvo que la peligrosidad sin delito responde a la concepción del infractor como el virus nocivo que hay que expulsar del cuerpo social en una manifestación biologicista y organicista de la sociedad, y que el Derecho Penal de autor intenta penar a una persona no por el daño causado, sino por lo que la persona es (Zaffaroni).⁷ Por ello, lo resuelto oportunamente por la mayoría del Tribunal Superior de Justicia en el caso “Vera”,⁸ donde se declaró la validez constitucional de las facultades legales implícitas de la policía para solicitar a las personas el documento nacional de identidad en la vía pública, colisiona con el modelo establecido por la Convención Constituyente de 1996.

La acción de amparo clásica fue incorporada en similares condiciones a las establecidas por el artículo 43 de la Constitución argentina pero con algunos requisitos proyectados en el principio *pro actione*, tales como que no se puede exigir el previo agotamiento de la vía administrativa para su procedencia, que es operativo y está desprovisto de formalidades procesales, que los plazos procesales son

6. *Ibidem*, p. 702.

7. *Ibidem*, p. 1020 y ss.

8. TSJ “Ministerio Público –Fiscalía de Cámara Sur de la CABA– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Vera, Lucas Abel s/infr. artículo 85, CC” (Expediente N° 11835/15), 23 de diciembre de 2015.

breves y perentorios y que salvo temeridad o malicia procesal el accionante está exento de costas.

En términos de garantías en la acción de amparo colectivo donde se ubica la gran innovación del constituyente local, al establecer una acción popular que legitima a cualquier habitante de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a interponerlo. Esta postura fue sostenida argumentalmente por varios convencionales constituyentes. El convencional Vivo sostuvo:

Pero también recogiendo la doctrina, la jurisprudencia y la línea trazada por nuestro Derecho Provincial y por la Constitución Nacional estamos consagrando el amparo para proteger los llamados intereses difusos o derechos de incidencia colectiva. Es decir aquellos derechos cuya titularidad no corresponde exclusivamente a un individuo determinado, sino que excede la esfera particular para pasar a corresponder a un sector social o a la sociedad entera, a toda la comunidad. Como por ejemplo los que tienen que ver con la cuestión ambiental o con la libre competencia.

Para defender estos derechos estamos proponiendo un paso adelante, a través de la consagración de una amplia legitimación para accionar en su defensa. Así, hemos establecido que esta acción podrá ser ejercida por cualquier habitante o por las entidades que estén vinculadas a la defensa de esos intereses difusos.

(...)

Seguramente habrá quienes se asusten y se preocupen, probablemente de buena fe, con la “industria del juicio” a la que puede dar lugar la instauración de la llamada acción popular que legitima a cualquier habitante para accionar en defensa de los intereses difusos. Sin embargo, no existe esa “industria del juicio”; la experiencia lo demuestra en aquellas provincias en las que se ha consagrado este instituto, como por ejemplo Córdoba, La Rioja, San Luis, San Juan, Tierra del Fuego, Río Negro y Neuquén. Es decir, la experiencia recogida en las provincias argentinas testimonia nuestra afirmación.

El convencional Brailovsky expresó:

Señora Presidenta: este texto constitucional apunta a crear en la Ciudad un mecanismo de amparo amplio, lo más amplio posible, que pueda ser usado en cualquier circunstancia imaginable en que se violen los derechos consagrados por esta Constitución.

De este modo estamos corrigiendo uno de los muchos puntos débiles de la Constitución Nacional, ya que en este tema ella legitima para actuar solamente al particular afectado y a las entidades especialmente autorizadas para presentar amparos.

(...)

El hecho de establecer esta institución del amparo muy amplia significa un cambio profundo en nuestra manera de pensar el derecho, que tiene que ver con consagrar intereses y derechos colectivos difusos.

Estamos tratando de legitimar a cualquier persona para que reclame en nombre del interés común y no sólo en nombre de su interés individual.

(...)

Aceptar y garantizar las acciones de amparo vinculadas con los intereses difusos es permitir que cualquier ciudadano defienda judicialmente el interés social sin necesidad de demostrar estar afectado en forma personal.

La convencional Garré manifestó:

El segundo párrafo del texto propuesto, siguiendo la tradición anglosajona, establece que el recurso puede ser intentado por cualquier persona jurídica en beneficio de un interés colectivo, obviando entonces el principio de la representación. La acción de amparo puede ser interpuesta no sólo por cualquier habitante, sino también por personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario y del consumidor.

El convencional Zaffaroni enunció:

En cuanto al tercer párrafo, me parece también suficientemente generoso porque consagra, a diferencia de la Constitución Nacional –el convencional Brailovsky decía correctamente que es un texto harto lavado–, algo cercano a la acción popular.⁹

La acción de amparo clásica está regulada por la Ley N° 2145. Dicha norma también regulaba la acción de amparo colectivo pero fue oportuna

9. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996, op. cit.*, T. 2, p. 85 y ss.

tunamente vetada y al día de la fecha no se sancionó una ley que regule el amparo colectivo y las acciones colectivas.

La naturaleza de derecho-garantía del amparo sumado a su operatividad directa fue el principal argumento esgrimido por la mayoría del Tribunal Superior de Justicia en la causa “Gil Domínguez”¹⁰ para declarar la inconstitucionalidad del artículo 4 de la Ley N° 2145, que establecía un plazo de caducidad de 45 días. La decisión jurisdiccional fue aprobada posteriormente por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –en el marco del procedimiento de reenvío previsto por el artículo 113, inciso 2 de la Constitución de la CABA y por la Ley N° 402– mediante el dictado de la Resolución 192/2008, de la cual se distingue el siguiente fundamento:

Que lejos estuvo y está el Poder Legislativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de sobrepasar los preceptos constitucionales, por lo que las expresiones emitidas por los Señores y Señoras Jueces integrantes del Tribunal Superior de Justicia resultan de gran valía para los integrantes del mismo.¹¹

De esta manera, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –por imperio de un fallo que se proyectó en toda Latinoamérica– la acción de amparo puede ser interpuesta en cualquier momento, siempre que se verifique la existencia de una acción u omisión lesiva de autoridad pública o de particulares.

La acción de hábeas data tuvo una recepción similar a la prevista por la Constitución argentina, pero también con algunas particularidades ampliativas, tales como que las personas pueden conocer, respecto de los datos, su fuente y origen de forma conjunta con la finalidad y el uso. En el debate constituyente se aludió a la etimología del hábeas data, cuyo significado radica en “tener tus datos”, y a que su objeto es proteger a los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires del peligro del mal uso y la utilización maliciosa de los datos acumulados respecto de ellos (Vivo). También se lo sostuvo como una conquista del sistema democrático (Pierini).¹²

10. TSJ “Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expediente N° 5296, 27 de diciembre de 2007.

11. Expediente N° 2846-0-2007.

12. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996, op. cit.*, T. 1, p. 702 y ss.

La acción de hábeas data está reglamentada por la Ley N° 1845 de Protección de Datos Personales, que tiene por objeto regular el tratamiento de datos personales referidos a personas físicas o de existencia ideal, asentados o destinados a ser asentados en archivos, registros, bases o bancos de datos del sector público de la Ciudad de Buenos Aires, a los fines de garantizar el derecho al honor, a la intimidad y a la autodeterminación informativa. A los fines de la ley, se consideran incluidos dentro del sector público de la Ciudad de Buenos Aires todos los archivos, registros, bases o bancos de datos de titularidad de los órganos pertenecientes a la Administración central, descentralizada, de entes autárquicos, empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado de la Ciudad de Buenos Aires tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias, del Poder Legislativo y del Judicial en cuanto a su actividad administrativa, y de los demás órganos establecidos en el Libro II de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La acción de hábeas corpus también tuvo una recepción con algunas particularidades superadoras. Una ellas fue disponer que el juez debe resolver dentro de las veinticuatro horas (en el recinto de la Convención se suscitó un debate por la elección de dicha fórmula en lugar de la que postulaba “el juez resolverá”) con el objeto de marcar un límite claro y preciso para que no exista ninguna dilación y para que los jueces no tengan ningún argumento que les impida dar una respuesta en el marco horario fijado (Bisutti).¹³ Otra fue incluir el hábeas corpus contra la desaparición de personas (ampliando de esta manera la garantía prevista por la Constitución argentina, que se refiere a desaparición forzada de personas) con la idea de que ante cualquier tipo de desaparición, tengamos la posibilidad concreta de interponer inmediatamente una acción de hábeas data para que la Justicia se expida de forma urgente (Bisutti).¹⁴

13. *Ibidem*, p. 701.

14. *Ibidem*, p. 701.

LAS POLÍTICAS ESPECIALES

Las políticas especiales configuran una gran innovación normativa general y particular. General por cuanto en el campo de las prestaciones debidas operan como un derecho y, a la vez, como una obligación concreta de tener que desarrollar políticas públicas activas titularizadas por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en su carácter de sujeto pasivo. El objeto de las políticas especiales es lograr la máxima satisfacción posible de los derechos económicos, sociales y culturales mediante el desarrollo de políticas sociales coordinadas, con las cuales: a) se superen las condiciones de pobreza y exclusión mediante la inversión de recursos presupuestarios, técnicos y humanos; b) se asista a las personas con necesidades básicas insatisfechas; c) se promocióne del acceso a los servicios públicos para los que tienen menos posibilidades y d) se promocióne del desarrollo humano y económico equilibrado que evite y compense las desigualdades zonales dentro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En este marco, es una política de Estado que la actividad económica generada por la iniciativa pública y la privada –esto es, la generación de recursos– sirva para el desarrollo de la persona, se sustente en la justicia social asegure el bienestar social y el desarrollo sostenible (artículos 17, 18 y 48).

En relación con lo expuesto, la Constitución local estableció respecto de los juegos de azar, destreza y apuestas mutuas que su regulación, administración y explotación por parte del Gobierno de la CABA obligan a que su producto sea destinado a la asistencia y al desarrollo social. Esto posibilitó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Giachino, Luis Alberto y otro c/Estado Nacional - Dirección General de Sanidad de Fronteras y Terminales de Transporte y otros”,¹⁵ sostuviera que, a partir de la celebración del convenio entre Lotería Nacional S.E. y el Instituto de Juegos de Apuestas de la Ciudad el día 30 de octubre de 2003, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estaba plenamente capacitada y habilitada para percibir el impuesto a los Ingresos Brutos respecto de los juegos de azar que en ella se exploten. Asimismo, posibilitó que la jueza Elena Liberatori resolviera, en el caso “Gil Domínguez, Andrés Favio c/GCBA s/amparo” (Expediente

15. CSJN Fallos: G., 962, XLIII, 18 de octubre de 2011.

Nº A-83572-2013-O), que respecto de los artículos 3.2 y 4.2 de la Adenda al Convenio celebrado con fecha de 30 de octubre de 2003 entre Lotería Nacional S.E. y el Instituto de Juegos de Apuestas de la CABA (mediante el cual se condonó la deuda del impuesto a los Ingresos Brutos y, al mismo tiempo, se renunció al cobro futuro de dicho impuesto respecto de las actividades desarrolladas por los juegos de azar), se cumpliera con el procedimiento de doble lectura de las leyes que consagran excepciones a regímenes generales (artículos 89, inciso 6, y 90 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Las políticas sociales incorporadas, por su parte, abarcan un universo amplio de materias, vinculadas con la plena satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales susceptibles de ser desarrollados por políticas públicas como garantía primaria y auscultadas por el control de constitucionalidad y convencionalidad como garantía secundaria. Entre ellas se encuentran:

- Salud (leyes Nº 153, 448, 472 y 2132).
- Educación (Ley Nº 898).
- Ambiente (leyes Nº 6, 124, 303, 1540, 2624 y Decreto Nº 138/2008).
- Hábitat (leyes Nº 3706 y 4006).
- Cultura (Ley Nº 1227).
- Deporte (leyes Nº 1624 y 3218).
- Seguridad (leyes Nº 2894 y 2947).
- Igualdad entre varones y mujeres (leyes Nº 418, 439 y 4238).
- Niños (leyes Nº 114 y 5463).
- Juventud (leyes Nº 1865, 3392 y 5161).
- Personas mayores (leyes Nº 661, 2982 y 5420).
- Personas con necesidades especiales (leyes Nº 161, 447, 1502, 1893 y 2982).
- Trabajo y seguridad social (Ley Nº 471).
- Consumidores y usuarios (leyes Nº 757, 3281 y 3896).
- Comunicación (leyes Nº 104, 2587, 3391 y 4565).
- Economía, finanzas y presupuesto (Ley Nº 2806 y Decreto Nº 289/16).
- Función pública (Ley Nº 4865).
- Ciencia y tecnología (Ley Nº 2511).
- Turismo (leyes Nº 600, 1264, 2627 y 4632).

De las políticas especiales expuestas, sin lugar dudas las de hábitat fueron las que más debate generaron.¹⁶ En la Convención Constituyente el convencional Jozami expresó, durante la presentación del informe de Comisión en la Asamblea Constituyente, que

... [se] parte del reconocimiento de la existencia de un déficit habitacional en nuestra Ciudad de Buenos Aires (...). Estamos hablando de habitantes que, en buena medida, viven en el cordón sur de la ciudad, pero también en bolsones ubicados a lo largo de todo el territorio de la Ciudad de Buenos Aires, en casas tomadas y en mal llamados hoteles, que en realidad encubren locaciones cuyos ocupantes carecen de los derechos que la ley establece al respecto. Y estamos hablando también, por supuesto, de los habitantes de las villas de emergencia, cuyo número es difícil de estimar con precisión en la Capital Federal, pero que seguramente es superior a las 60 mil personas de las que hablan algunas cifras oficiales. En esta mención acerca de la crítica situación habitacional que vive nuestra ciudad, habría que incluir a los que están ocupando los complejos de la Comisión Municipal de la Vivienda. Se trata de por lo menos unas 11 mil familias, quienes están en muchos casos en situaciones irregulares y en la imposibilidad de pagar cuotas que se han desfasado con respecto a su monto inicial, que fijaba cuotas lógicas y razonables para un plan de vivienda popular.

Jozami también resaltó que uno de los criterios al momento de desarrollar las políticas públicas para resolver el déficit habitacional debe ser el criterio de radicación en el lugar:

[P]ensamos que es fundamental expresar que los pobladores que se encuentran en la marginación y los habitantes de las villas de emergencia deben ver resuelto su problema de vivienda de acuerdo con el criterio de la radicación en el lugar. Esto ha sido expuesto en muchas ocasiones. Existe un programa de radicación de villas de emergencia en la ciudad de Buenos Aires que desgraciadamente hace más de dos años que está suspendido, y al que en los últimos presupuestos no se le han asignado fondos. En su momento fue anunciado por las máximas autoridades de la Ciudad y de la Nación como un compromiso con los sectores más humildes, pero lejos de cumplirse, no sólo se han suspendido los planes de radicación sino que se ha vuelto a políticas

16. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996, op. cit.*, T. 3, p. 495 y ss.

que considerábamos superadas con el advenimiento de la democracia, es decir, a las políticas de erradicación de los villeros. Ejemplo de ello es el caso de la Villa 31 de Retiro. [E]s necesario que la Constitución de la Ciudad reconozca que tenemos un grave déficit habitacional y que es prioridad de las políticas de gobierno tender a superarlo. Pensamos también que es necesario que, con relación a los problemas de vivienda que hasta hoy no se han podido resolver por la vía legislativa ni por medio del Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires –por ejemplo, el caso de los falsos hoteles, que en su momento motivó varias presentaciones del bloque del Frepaso para que se declararan de aplicación respecto a ellos las normas sobre locaciones urbanas–, se establezcan en la Constitución principios generales que fijen una orientación política, ya que por supuesto no corresponde incorporar al texto constitucional reglamentaciones ni criterios de aplicación.

La constituyente López, al momento de fundamentar la incorporación al párrafo segundo de la frase “integración urbanística y social de los pobladores marginados”, explicó la razón de identificar otro criterio, que debe ser contemplado por las políticas públicas que tengan como fin garantizar el derecho a una vivienda adecuada:

A veces hasta se juega de manera perversa con el destino de esta gente, ya que por un lado se los considera ciudadanos legítimos cuando expresan sus reclamos y pretenden reivindicar sus derechos, y por otro son tratados como ciudadanos de cuarta cuando se remarca su peligrosidad como delincuentes o como germen de sublevación o de explosión social, como ha sucedido últimamente con el informe policial impulsado por el Ministerio del Interior bajo el disfraz de un relevamiento ambiental, cultural, sexual, ideológico, religioso y de todo tipo de actividades. Quiero hacer hincapié en la otra cara de la moneda, que nos dice que en las villas existe un profundo sentido de solidaridad y hospitalidad. Son lugares donde se respeta al ser humano y a la familia y donde en general hallan refugio personas o familias a quienes la Ciudad y sus instituciones no logran socorrer, por ejemplo las mujeres abandonadas con hijos pequeños, los lisiados, los enfermos, los alcohólicos, los ancianos sin familia y, en definitiva, quienes son fruto de políticas económicas de ajuste que requieren necesariamente un alto costo social. La gente va construyendo de a poco sus casas en las villas, instalan la luz, el agua y se organizan con criterios muy solidarios creando comedores escolares, guarderías y mutuales. En realidad, en muchos aspectos creo que son un ejemplo para el resto de la

sociedad, por los lazos solidarios que son capaces de crear. Solicito la inserción del texto completo de mi discurso y apelo a la comisión redactora para que en el caso del inciso 2 del artículo único, retome la redacción originaria del dictamen de las comisiones, que habla de la “integración urbanística y social de los pobladores marginados”. El texto elaborado por la Comisión de Redacción alude, en cambio, a “la integración de los pobladores socialmente marginados”. La idea de aludir a la integración urbanística tiene que ver con la integración de todos esos asentamientos al resto de la ciudad; urbanizar es abrir calles, es instalar luz, proveer de agua y abrir plazas donde se pueda. Por ello considero más acertada la redacción originaria formulada por la Comisión de Políticas Especiales.

No es casual que el fallo más emblemático dictado por la Corte Suprema de Justicia en la materia (caso “Quisberth”) haya provenido de la Justicia de la CABA, puesto que la Constitución habilitó un derecho-garantía-política pública sobre vivienda digna que torna inexcusable para el Gobierno de la CABA el desarrollo de políticas públicas y la respuesta efectiva en los casos concretos.

El artículo 27, inciso 5 de la Constitución local establece, dentro del campo de irradiación de ambiente como patrimonio común, que la Ciudad debe promover: “La protección de la fauna urbana y el respeto por su vida: controla su salubridad, evita la crueldad y controla su reproducción con métodos éticos”. En las Sesiones de la Convención Constituyente de 1996 varios constituyentes se refirieron al contenido de dicha cláusula.¹⁷ El convencional Brailovsky sostuvo:

Prevenir la crueldad con los animales es prevenir la violencia doméstica en sus fases iniciales, antes de que se descargue sobre los seres humanos más débiles. Sobre esto, vale la pena recordar que un ex teniente coronel que participó en los alzamientos carapintadas, contó al periodismo algunos detalles de su entrenamiento como aprendiz de Rambo. Tenía que asistir al nacimiento de un perrito, alimentarlo con mamadera, no separarse de él en ningún momento, llevarlo a la cama y dormir con él y, pasados tres meses, degollarlo. Esto forma parte de la difícil tarea de aprender a degollar a un ser humano.

17. *Ibidem*, p. 560 y ss.

A su vez, el convencional Bravo sostuvo:

La protección de la fauna urbana no dañina para la sociedad y sus integrantes, es muy importante por varios motivos, tanto éticos hacia los mismos animales, como porque la violencia familiar muchas veces se desencadena con la violencia ejercida sobre algún animal doméstico, que es el ser viviente más indefenso de la casa.

El convencional Castells enunció:

En este sentido, los convencionales Oviedo, Zaffaroni, Elsa Kelly y quien les habla fuimos autores de este proyecto, que tiene un objetivo muy concreto, al cual ya se refirió el señor convencional Brailovsky, que es proteger a los seres vivos más indefensos que hay en la ciudad, porque como bien dijo, es proteger también a los seres humanos. Por eso muchas veces me he preguntado por qué es tan obvio que debemos proteger al árbol y no es tan obvio que debemos proteger al perro y al gato.

Este artículo –aquí quiero hacer una interpretación auténtica– debe ser operativo a partir de la sanción de este Estatuto, y consecuentemente por este artículo, debe cesar la matanza indiscriminada de animales en el Instituto Pasteur. Porque esto no solo apunta a orientar una política, apunta también a terminar con una cruel realidad.

Lamento que algunos se hayan burlado de este artículo, que lo hayan utilizado incluso para sacar provecho a favor de alguna práctica peyorodística tendenciosa que, debo decir como representante del bloque justicialista, ningún favor nos hace.

Por eso reafirmo mi convicción. Agradezco a la comisión. Sé que no ha sido fácil, en medio de los dardos que recibió, mantener esta norma. Agradezco también a la señora presidenta que sé ha tenido que ver con que esta norma finalmente quedara instalada aquí, en este régimen general de protección de la vida.

Estoy seguro de que hoy muchos de los animalitos que andan sueltos por la calles de Buenos Aires, de los que uno se encuentra en la puerta de la casa acurrucados al llegar, nos están agradeciendo esta sanción.

Las alocuciones de los convencionales son claras y precisas. No consideran a los animales urbanos una cosa, sino seres débiles que deben ser protegidos, asimilables a los seres humanos frágiles que sufren debido a la violencia familiar. Si fueran una cosa que no genera ningún sentimiento ni tampoco siente nada, entonces ¿por qué los “carapinta-

das” golpistas consideraban que la prueba fundamental para demostrar la “valentía” de ultimar a un ser humano era ser capaz de matar a un ser no humano con el cual se hubiera entablado una relación de afecto, sentimientos y especial filiación? ¿Cómo entender que se le hable a una cosa no sintiente y que, como seres humanos, sintamos que ellos –los animales no humanos– nos están agradeciendo? Queda claro que el convencional local optó por una mirada ecocentrista alejada del narcisismo antropocéntrico y, mucho más aún, del fundamentalismo teísta.

Sobre la base de esta opción realizada por el constituyente local, la magistrada Elena Liberatori resolvió en la causa “Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (Andrés Gil Domínguez) y otros c/GCBA s/amparo” (Expediente N° A 2174-2015/O) reconocer a la orangutana Sandra como un sujeto de derecho, conforme a lo dispuesto por la Ley N° 14346 y el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en cuanto al ejercicio no abusivo de los derechos por parte de sus responsables –el concesionario del Zoológico porteño y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires–, y dispuso que el Gobierno de la CABA garantizara a Sandra las condiciones adecuadas del hábitat y las actividades necesarias para preservar sus habilidades cognitivas.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Han pasado veinte años desde que en la sede de la Biblioteca Nacional soñamos con una sociedad mucho mejor a partir de una ingeniería constitucional moderna y progresista. No faltaron los críticos, los agoreros, los burlones del texto sancionado. El desarrollo normativo, político y judicial expuesto es un ejemplo, que demuestra la concreción de los ideales plasmados por los convencionales constituyentes de 1996 en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

TÍTULO PRIMERO

Derechos y Garantías

Artículo 10

Rigen 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 y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos.

DERECHOS Y GARANTÍAS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES¹

Por Estela B. Sacristán

REFLEXIONES INICIALES

Ante todo, cabe destacar que esta norma constitucional de elevado valor republicano no posee una equivalente en la Constitución Nacional (CN).

En un estudio ciertamente célebre, un juez de la Corte Suprema estadounidense afirmaba: “Por Derecho quiero significar las profecías acerca de lo que los tribunales, de hecho, harán, y nada más pretencioso”.² Podemos coincidir en que lo que harán los jueces o tribunales dependerá de muchos factores. Entre estos factores, se destacarán las nociones de competencia, facultad y deber como presupuestos del ejercicio de la función. Organizada en la Constitución o Norma Fundamental escrita, o por vía de costumbre donde no haya Constitución única escrita, la respectiva competencia, existencia de jueces y tribunales mediante,

1. El presente texto se basa en la disertación efectuada en las I Jornadas de Derecho Constitucional del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Cámara Federal de Estudios de Derecho Público, Instituto Superior de la Carrera, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, el 29/11/2011.

2. Holmes, Oliver Wendell, “The Path of the Law”, *Collected Legal Papers*, New York, Harcourt, Brace and Howe, 1920, pp. 167-202, esp. p. 173.

asegurará que haya control judicial, y la existencia de control judicial a su vez asegurará derechos y concretará garantías.

Trasplantando esta estructura al escenario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, podríamos reparar en el rol institucional de los jueces de la Ciudad como facilitadores de esa doble tarea: asegurar derechos y concretar garantías. En ese doble papel, desde el punto de vista formal, estarían asistidos por la especial textura o forma de redacción de las respectivas cláusulas constitucionales locales. Y desde el punto de vista sustancial, por esa formidable y todo abarcativa manda de operatividad consagrada en el artículo 10 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA). A estos dos aspectos me referiré en los párrafos que siguen, a fin de indagar en la cuestión de si en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el plano de lo formal (textura) y de lo sustancial (operatividad), se aseguran los derechos y se concretan garantías (generándose así una suerte de profecía en el sentido que apuntaba aquel jurista estadounidense; esto es, como resultado más o menos previsible) o si, por el contrario, toda esa arquitectura formal y sustancial deja espacio para lo inesperado, para las sorpresas. Por ello, luego de unas conceptualizaciones necesarias, se efectuarán consideraciones sobre aquellos dos aspectos para arribar a las conclusiones pertinentes.

LA DIRECTRIZ DEL CONSTITUYENTE DE LA CIUDAD

¿Podemos hablar, en el ámbito de la Ciudad, de derechos, sin calificativo o adjetivación alguna? Repasemos el Preámbulo, el articulado y las interpretaciones doctrinarias.

Según el Preámbulo de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Convención Constituyente se reúne, entre otros fines, para “promover el desarrollo humano en una democracia fundada en los derechos humanos”. Ello equivale a consagrar, desde el Preámbulo mismo, esa clase de derechos, dejándolos fuera de toda discusión y asegurando su imperio, y además presupone, como es claro, reconocer y admitir *a priori* la existencia de esa clase de derechos.

Ya en el articulado de la Norma Fundamental local, los derechos humanos aparecen en dos ocasiones: en el artículo 24,³ que regla los denominados “programas de derechos humanos y educación sexual”, y en el artículo 37,⁴ donde se alude a los derechos humanos básicos, género que incluye, a tenor de la letra de la norma, además de los derechos humanos, los derechos reproductivos y los derechos sexuales. Tales son las preocupaciones del constituyente plasmadas en la norma máxima, acerca de las cuales se expidió la doctrina.

En cuanto a la doctrina que influyó en la autonomización de los municipios en general y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en particular, cabe recordar las opiniones de Russo y de Gil Domínguez, crítica la primera y realista la segunda, a mi parecer. Russo se preguntaba si los derechos humanos eran diferentes de los derechos y bregaba por un sistema de derechos humanos como sistema abierto; esto es, abierto a un entorno de realidad social, comprensiva de “luchas, demandas y reivindicaciones”.⁵ Más recientemente, Gil Domínguez –refiriéndose a la realidad circundante, pienso– se explayaba sobre los derechos humanos de los habitantes de Buenos Aires, derechos ayudados o asistidos por cláusulas de operatividad e intangibilidad y por herramientas tuitivas y protectoras, como ser el debido proceso, el hábeas data y el hábeas corpus, la acción de amparo, etc.

Más allá de estas apreciaciones, y sin adentrarme en la cuestión de la confrontación o de la realidad, advierto que en la escena ciudadana aparecen, con el movimiento constitucionalizador que se iniciara con la reforma de 1994 y se consagrara con la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 1996, los derechos humanos ayudados o asistidos en su feasibility o exigibilidad por el texto de la Constitución (textura o redacción), las normas sustantivas (cláusula de operatividad,

3. Según el artículo 24, la Ciudad “incorpora programas en materia de derechos humanos y educación sexual”.

4. Artículo 37: “Se reconocen los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos...”.

5. Russo, Eduardo Ángel (Mas, Analía Haydeé, colab. y superv.), *Derechos humanos y garantías. El derecho al mañana*, Buenos Aires, Eudeba, 2^{da} ed. corr. y aum., 2008, p. 76: “Por nuestra parte, y siempre desde un plano teórico, sostenemos que el sistema de derechos humanos es un sistema abierto a un entorno de ‘realidad social’ (luchas, demandas, reivindicaciones, etc.)”.

artículo 10) y las normas procedimentales (organización de poderes de la Ciudad). Todo ello presentaría un campo propicio para las profecías en el área de las soluciones adoptadas por la práctica jurisprudencial.

A su vez, tal asistencia a favor de esos derechos operaría –y sigo a Bazán⁶ en este punto– independientemente de la ubicación sistemática en el mismo título en el que está alojado el artículo 10, o fuera de él. En otras palabras, tal garantía de operatividad alcanzaría, por igual, a todos los derechos consagrados en el articulado de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Excede el marco de esta exposición lo relativo a la organización de los poderes de la Ciudad (cláusulas procedimentales) en tanto aseguradoras de derechos y garantías. Por ende, las secciones que siguen estarán dedicadas a los aspectos relativos a la textura del lenguaje de los derechos –en especial, humanos– en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la cláusula de operatividad del mentado artículo 10, que descende sobre ellos.

ANÁLISIS DEL TEXTO

A partir de la lectura del articulado de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires puedo advertir que en los niveles sintáctico, semántico y pragmático, la figura de los derechos humanos –y lo que el constituyente quisiera respecto de ellos– se halla asistida o favorecida para facilitar su vigencia.

En el plano sintáctico, la redacción de las respectivas cláusulas de derechos no presentaría rodeos u obscuridades.

En cuanto al lenguaje adoptado, podemos comparar, a modo de ilustración, el artículo 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por un lado, y el artículo 14 de la Constitución Nacional, por el otro. El primero expresa que “La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna”, al tiempo que el segundo alude, con más rodeos o sentido de la programaticidad, a que “[l]a ley establecerá (...) el acceso

6. Bazán, Víctor, “La operatividad de los derechos y las garantías no obstante las omisiones o insuficiencias reglamentarias inconstitucionales”, en Bidart Campos, Germán y Gil Domínguez, Andrés (dirs.), *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 97-128, esp. pp. 105-106.

a una vivienda digna”. La diferencia, entonces, radica en el uso de uno y otro tiempo verbal. Pues bien, parecería que, en el plano semántico, el constituyente de la Ciudad otorgó especial significado a las cláusulas constitucionales, pues empleó el tiempo verbal presente del modo indicativo, tanto en las cláusulas atributivas de competencias como en las cláusulas de deberes y facultades, entre otras. Es decir, prima el uso del tiempo verbal presente y sólo excepcionalmente se emplea el tiempo futuro del modo indicativo en ambos supuestos. Considerando que, según el *Diccionario de la Real Academia Española* en su edición *online*, el tiempo presente puede servir para denotar la acción o estado de cosas *simultáneo* al momento de hablar, su empleo en aquellas cláusulas brindaría un resultado que equivale a dotar al texto de una mayor veracidad, cuando no de un mayor contenido dramático. Considérese el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que establece que “todos tienen idéntica dignidad”. Ello, tiempo presente mediante, es bien diferente de establecer que “todos tendrán idéntica dignidad”. Similares reflexiones pueden suscitar los artículos 53, 123, 129 y 136 de la CCABA, entre otros. También en el plano semántico, y recordando que el presente del indicativo puede poseer la función de transmitir sentido de lo habitual,⁷ o de indicar una acción futura,⁸ o puede transmitir un sentido altamente imperativo o mandatorio.⁹ Podríamos comparar esas dos alternativas (“todos tienen” vs. “todos tendrán”) para detectar, en la fórmula en tiempo presente del indicativo, el logro de una mayor imperatividad.

En cuanto a estos aspectos semánticos, y con relación a las “políticas especiales” consagradas en la CCABA que traen aparejados los derechos humanos, ha señalado Gil Domínguez que se advierte escasa precisión, mucho lenguaje descriptivo y excesos gramaticales, pero que ello habría asegurado “mayor seguridad jurídica”, así como un “mayor resguardo del modelo constitucional” de la CABA.¹⁰

7. Por ej.: “[e]l gobierno federal provee...” (art. 4 de la Constitución Nacional).

8. Por ej.: “los pocos [esclavos] que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución” (art. 15 de la Constitución Nacional).

9. Hay pluralidad de ejemplos en los arts. 75 y 99 de la Constitución Nacional.

10. Gil Domínguez, Andrés, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Un recorrido crítico*, Buenos Aires, Eudeba y Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1997, p. 151.

Por último, en el plano de lo pragmático, el significado de las cláusulas sobre derechos humanos en la CCABA se hallaría influido o determinado por el contexto, lo que nos lleva a contradicciones. Puede ilustrarse lo dicho con las normas propias de la bioética que el constituyente de la Ciudad incluyó entre las políticas especiales que la CCABA instituye. El ejemplo surge de un par de incisos del artículo 21, donde se establece que una ley básica de salud promueve “la maternidad y paternidad responsables”, a cuyo fin pone a disposición “métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos”,¹¹ y garantiza la “asistencia integral, social y nutricional” para las personas carenciadas y desprotegidas. De los tres entrecomillados surgen tres actitudes o principios¹² instados o alentados por el constituyente, pues en un caso se favorece la autonomía (responsabilizarse por la maternidad/paternidad, inciso 4); en el segundo, una posible maleficencia (ya que los métodos no tendrían límites, inciso 4 *in fine*), y en el tercero, una clara beneficencia (asistir a los necesitados, inciso 5). Así, según se utilice uno u otro principio, se arribará a conclusiones opuestas: el *nasciturus* concebido por una mujer menesterosa podrá ser asistido bajo el inciso 5, o ser objeto de maleficencia al morir en una hipotética maniobra abortiva, prestación del Gobierno de la Ciudad, bajo el inciso 4 *in fine*.

Una forma de superar estas contradicciones y de dar coherencia interna al texto para que del contexto no afloren conclusiones contradictorias, sería propiciar constitucionalmente una jerarquía interna de normas o cláusulas, al estilo de las normas fundamentales alemana o española,¹³ tal que ciertos derechos o condiciones triunfen siempre. Se vuelve sobre ello en la sección siguiente.

11. Art. 21.4, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

12. Los norteamericanos habrían ideado, para interpretar normas bioéticas, cuatro principios (beneficencia; no maleficencia; autonomía; justicia) que –no obstante su amplia popularidad, especialmente en el ámbito de los servicios de salud, en los Estados Unidos– han sido duramente criticados. Ello, entre otros fundamentos, pues ante un dilema ético se pueden obtener conclusiones opuestas según se utilice un principio u otro. Ampliar, con provecho, en: Requena Meana, Pablo, “Sobre la aplicabilidad del principialismo norteamericano”, *Cuadernos de bioética*, XIX, 2008-1^a, pp. 11-27.

13. En la Ley Fundamental alemana, el rango más alto lo detentan las cláusulas que han sido declaradas inmodificables (art. 79, CA 1949) y las interpretaciones nunca colisionarán con ellas. También puede mencionarse la Constitución española de 1978, cuyo art. 53 dicta: “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá

CLÁUSULA DE OPERATIVIDAD

El artículo 10 de la Constitución de la Ciudad parece enderezado a lograr la concreción, operatividad mediante, de los derechos —especialmente humanos— en la Ciudad donde rige. Como recordaremos, en el lenguaje de algunos iusfilósofos, reconocer derechos significa en cierta forma asegurarlos.¹⁴ Esto conllevaría superar la respectiva retórica para arribar a concreciones mayores. Es que, y al decir de Waldron, si bien hay algo reconfortante en ver que la ley crea nuevos derechos explícitamente, dejándolos allí, por escrito, para que todos podamos apelar a ellos, aun dentro de la estructura positivista hay casos menos claros, que dependerán de otros factores (como ser la concepción que tengamos de derecho, deber, incumplimiento, regla de derecho, etc.).¹⁵

La preocupación de ese autor dejaría al desnudo un típico problema derivado del positivismo jurídico el cual en rigor, sería consecuencia del triunfo de la epistemología moderna, como ha puntualizado Cianciardo.¹⁶ Veamos cómo han encarado ese problema dos constituciones extranjeras, que parecerían haber sido tenidas en cuenta por el constituyente local, a tenor de las semejanzas con la redacción del artículo 10 CCABA. Me refiero a las constituciones paraguaya y alemana.

Por un lado, la Constitución paraguaya de 1992 asegura todos los derechos y garantías mediante una sana cláusula omnicompreensiva que impide la programaticidad: “La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía”.¹⁷

En la experiencia constitucional alemana, la antigua carta de Weimar de 1919 ofrecía, además de un nutrido universo de derechos, la posibilidad casi irrestricta de limitación de estos derechos mediante

respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”. Ver también: Sacristán, Estela B., “Los derechos y garantías y la reglamentación (¿Significa el art. 10 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires vencer la desconfianza hacia los poderes constituidos?)”, *La Ley*, 2006-F, pp. 1047-1056.

14. Ver: Wellman, Carl, *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Boulder, Westview Press, Perseus Book Group, 1999, p. 38.

15. Waldron, Jeremy (ed.), “Introduction”, *Theories of Rights*, Oxford Readings in Philosophy, Oxford University Press, 1990, pp. 1-20, esp. p. 4.

16. Cianciardo, Juan, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2007, p. 168 y ss.

17. Artículo 45.

la legislación, con lo cual devenían meras concesiones legales voluntarias del Estado,¹⁸ dando por resultado derechos fundamentales literalmente vacíos.¹⁹ Ello fue superado en la Ley Fundamental alemana de 1949: “Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los Tribunales a título de derecho directamente aplicable”;²⁰ también traducido como: “Los siguientes derechos fundamentales obligan a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial como derecho pleno y preexistente”.²¹

Se desprende de la transcripción, más allá de las diferencias de traducción, la construcción de una jerarquía interna de los derechos fundamentales que ubica, por un lado, derechos inmodificables por imperio de los artículos 1²² y 20;²³ y por el otro los restantes de rango constitucional ordinario y derechos reglamentables, entre los que se incluiría el derecho de propiedad. Así, se restringe en forma directa al Estado y sus órganos.²⁴ Esta sujeción abarca a todos los poderes públicos, incluso el Legislativo, pues todos ellos se hallan vinculados por

18. Bachof, Otto, *Jueces y Constitución* (trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano), Madrid, Civitas, 1985, p. 40.

19. Ídem.

20. Artículo 1.3 de la *Ley fundamental para la República Federal de Alemania* (en adelante, CA), promulgada por el Consejo Parlamentario el 23 de mayo de 1949 (versión en vigencia desde el 4 de noviembre de 1995), (traducción de Ernesto Garzón Valdés con la colaboración de Ricardo García Macho y Kart Meter Sommermann), Bonn, Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal, 1994, p. 42.

21. Universidad Nacional de Buenos Aires, Instituto de Derecho Comparado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, *Ley fundamental de Alemania Occidental*, Buenos Aires, 1960, p. 10.

22. Se transcribe la versión citada en n. 1921: “Artículo 1: (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”.

23. Se transcribe la versión citada en n. 1921: “Artículo 20: (...) (3) El Poder Legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho”.

24. Freckmann, Anke y Wegerich, Thomas, *The German Legal System*, London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 86.

la Constitución.²⁵ Además en el específico plano de la rama judicial, se supera la molesta directriz de la antigua Constitución de Weimar, que permitía que hubiera derechos no exigibles judicialmente,²⁶ pues la Constitución de 1949 crea derechos exigibles en sede judicial. Más importante aún, al aludirse a derechos “inviolables e inalienables”,²⁷ los que resultan ser operativos son los derechos dotados de existencia preconstitucional. En pocas palabras, el destinatario de los derechos fundamentales y sujeto obligado por ellos es el Estado, que se encuentra obligado o vinculado por ellos dado su carácter de normas de derecho necesario de aplicación directa.²⁸ De tal modo, el Estado queda siempre vinculado por los derechos fundamentales:²⁹ estos son directamente vinculantes o plenamente operativos.

La historia de la operatividad de los derechos en Argentina es más reciente. Ese recorrido puede ser apreciado desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación y desde la del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

Resultan de obligada referencia los fallos de la Corte Suprema “Hotel Internacional Iguazú”,³⁰ de 1987; “Ekmekdjian c/Neustadt”³¹ y

25. Cfr. arts. 20.3 y 1.3, CA 1949. Ver: Hesse, Conrado, “Constitución y Derecho Constitucional”, en Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans Mochen; Hesse, Honrad; y Heyde, Wolfgang, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 1-15, esp. p. 6.

26. Kommers, Donald P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, Duke University Press, 2nd ed., 1997, p. 33.

27. Artículo 1.2, CA 1949.

28. Artículo 1.3, CA 1949.

29. Hesse, Conrado, “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda, Ernst *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. 83-115 y 106-107.

30. “Hotel Internacional Iguazú S.A. c/Estado Nacional”, Fallos: 310:2653 (1987).

31. “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Neustadt, Bernardo y otros s/amparo”, Fallos: 311:2497 (1988).

“Ekmekdjian c/Sofovich”,³² de 1992; “Urteaga”,³³ de 1998; y “Ramos”³⁴ de 2002.

En “Hotel Internacional Iguazú” no sólo se afirmó el carácter operativo de la ley aplicable a uno de los rubros de la demanda, sino que además se determinó, en forma prudente y por ausencia de reglamentación, la indemnización que sustituía a la no concreción de los regímenes especiales que debían haberse proporcionado a la actora, quien los había tenido en cuenta al ofertar por hallarse vigentes aun cuando no se hallaban reglamentados.³⁵ En “Ekmekdjian c/Neustadt” se consagró la tesis dualista sobre los Tratados Internacionales a efectos de su rango en el plano interno, tesis que fue derribada en “Ekmekdjian c/Sofovich” y reafirmada en “Petric”,³⁶ de 1998, en el cual se rechazó el agravio relativo a la no operatividad.³⁷ Con similar espíritu, también el artículo 43 CN, en cuanto establece la acción de hábeas data, fue tenido por operativo con la mera sanción del texto constitucional en “Urteaga”, de 1998. Se superaba, así, la diferenciación entre derechos de fuente constitucional y derechos que quedaban pendientes de reglamentación.³⁸ Finalmente, “Ramos” muestra

32. “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos: 315:1492 (1992). Ver, asimismo: Barrancos y Vedia, Fernando N., “Análisis de la razonabilidad de las reglamentaciones de los derechos personales”, en Santiago, Alfonso (coord.), *Función política de la Corte Suprema*, obra en homenaje a Julio Oyhanarte, Buenos Aires, Ábaco, 2000, pp. 225-247; Dalla Via, Alberto R., “Cuestiones que surgen en torno del derecho de réplica y el fallo de la Corte Suprema en la causa Ekmekdjian”, en Dalla Via, Alberto R. (dir.), *Derecho Constitucional*, Colección de análisis jurisprudencial, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 434-439.

33. “Urteaga, Facundo Raúl c/Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FFAA s/amparo ley 16.986”, Fallos: 321:2767 (1998), esp. cons. 9°. Ver, asimismo: Basterra, Marcela I., “Reconocimiento constitucional del hábeas data”, en Dalla Via (dir.), *Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 678-686.

34. “Ramos, Marta Roxana y otros c/Pcia. de Buenos Aires y otros s/amparo”, Fallos: 325:396 (2002).

35. *Ibidem*, cons. 12, esp. pp. 2670-2671.

36. “Petric, Domagoj Antonio c/Diario Página 12”, Fallos: 321:885 (1009). Anotado por Gelli, María Angélica, “El caso Petric ¿valor agregado de la rectificación o respuesta?”, *La Ley* 1998-F, pp. 53-61.

37. *Ibidem*, cons. 5°.

38. Ver Bidart Campos, Germán, “La ampliación del espacio de los derechos personales en un liberalismo solidarista”, en VV. AA., *Los derechos de la persona en la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Fundación Carlos Pellegrini, 1987, esp. p. 7.

una operatividad vencida por las reglamentaciones y las vías procesales pertinentes. Como se recordará, en este caso –con sus hechos cuidadosamente elegidos– se inició una acción de amparo en competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, dirimida la cuestión de la competencia,³⁹ se concluyó en el rechazo de la acción incoada.⁴⁰ La Corte Suprema abrió su jurisdicción⁴¹ pero, en cuanto al fondo, se privilegió la identificación de las normas que reglamentaban los derechos de la actora, así como el recurso a las vías legales pertinentes.

En cuanto a la experiencia en la CABA, existe un abanico de casos de necesaria mención, que dan un perfil particular a la operatividad de los derechos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Se ha resuelto “Ramallo”,⁴² de 2002, caso de acceso a la vivienda digna, al igual que el mencionado “Ramos”. Se ordenó al Estado demandado que brindara a los actores una adecuada cobertura de la emergencia habitacional, hasta tanto se hallaren en condiciones de superar el estado de máxima crisis que padecían. El Tribunal interviniente, luego de enumerar las normas que consagraban ese derecho⁴³ y las normas constitucionales específicas,⁴⁴ identificó al responsable del cumplimiento de la respectiva carga de tutela,⁴⁵ el plexo normativo local reglamentario del derecho del nivel internacional,⁴⁶ y enfatizó que

... en concordancia con el nuevo inciso 19 del artículo 75 de la Constitución Nacional, pone en cabeza del Estado el diseño de políticas

39. “Ramos, Marta Roxana y otros c/Mrio. de Desarrollo Social y Medio Ambiente y otros s/amparo”, Fallos: 323:3873 (2000).

40. “Ramos, Marta Roxana y otros c/Pcia. de Buenos Aires y otros s/amparo”, Fallos: 325:396 (2002).

41. Ídem.

42. CCAYT, CABA, Sala II, “Ramallo, Beatriz c/GCBA s/amparo - art. 14 Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, del 12/3/02; ver, asimismo, Raggio, Martín H., “Protección jurisdiccional de los derechos sociales. Aspectos procesales. Parte III”, disponible en: www.eldial.com, Suplemento de Derecho Público.

43. Art. 25, Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 11, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que vincula al Estado; art. 14 bis CN, de reconocimiento en el nivel nacional.

44. Arts. 17, 20, 31, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

45. Cons. 8°, *in fine*.

46. Cons. 12.

públicas para facilitar el acceso a una vivienda digna. Las opciones legislativas para cumplir el mandato constitucional varían y dependen de las posibilidades económicas y financieras. Pero el Estado no debe prescindir de llevar a cabo una política de desarrollo habitacional.⁴⁷

Por último, y en lo que interesa, fundó la existencia de un deber de hacer a cargo del Gobierno local y la “operatividad y exigibilidad judicial en dicho marco”,⁴⁸ incluso ante la ausencia de reglamentación.⁴⁹ Así, se advierte la trascendente influencia de la cláusula contenida en el artículo 10 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cuanto a asistir a los derechos y su concreción, más allá de los costos involucrados en ello, a tenor de la transcripción efectuada. Por último, en el ámbito de la Ciudad se han producido también una pluralidad de casos relevantes a efectos de colocar en su adecuada perspectiva la tensión entre la consagración de derechos y su operatividad, por un lado, y los medios para efectivizarlos, por el otro: “Panza”⁵⁰ y “Toloza”,⁵¹ de 2006, sobre emergencia habitacional; “Alba Quintana”,⁵² de 2010, sobre una temática similar; y “Ministerio Público - Morales

47. Con cita de Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, T. 1, p. 225. Similar temperamento se advierte en CCAYT, CABA, Sala II, “Montenegro, Patricia y otros c/Ciudad de Buenos Aires”, del 07/10/2005: “El Estado local se encuentra alcanzado por numerosas normas que consagran el derecho a la vivienda y le imponen un deber de hacer”, citado en Basterra, Marcela I., “Incidencia de la Constitución Nacional en el Código Civil”, p. 23, disponible en: https://www.academia.edu/13353877/Incidencia_de_la_Constitucion_en_el_Codigo_Civil_1_Art_Basterra_12_08_09 (último acceso: 03/10/2016).

48. Cons. 13.

49. Cons. 15, con cita del art. 10, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se trataría, entonces, de una instancia de derechos autooperativos, según: Ferreyra, R. Gustavo, “El régimen del amparo y la defensa del Derecho en la Constitución”, en Ekmekdjian, Miguel Á. y Ferreyra, Gustavo (coords.), *La reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pp. 139-225, esp. p. 157.

50. TSJ de la CABA, Expte. N° 4270/05, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Panza, Ángel R. c/GCBA s/amparo (art. 14, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)’”, del 23/05/2006.

51. TSJ de la CABA, Expte. N° 4568/06, “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14 Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, del 09/08/2006.

52. TSJ de la CABA, Expte. N° 6754/09, “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (Artículo 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, del 12/05/2010.

Cortiñas”,⁵³ de 2010, relativo a la ocupación del Parque Indoamericano, en el cual el Superior Tribunal de Justicia resolvió por ante cuál fuero debía tramitar la causa, lo cual hizo que resultara incompetente el fuero Contencioso Administrativo y Tributario local. Todos ellos han sido ya cuidadosamente reseñados,⁵⁴ dejan entrever la íntima vinculación entre operatividad y fondos al efecto e irradian efectos hacia las instancias inferiores.⁵⁵

Este vistazo de la jurisprudencia permite colocar, casi al lado de la concreción de los derechos y garantías, la cuestión de los costos involucrados. Se recordará que, en cierto modo, toda elección o decisión tiene sus costos; en tal contexto, traigamos al presente la preocupación expresada en cuanto a que

Los derechos son costosos porque solventarlos es costoso. La exigibilidad es cara, especialmente la exigibilidad uniforme y justa; y los derechos objetivos son huecos en la medida en que permanecen inexigidos. Bajo una fórmula diferente, casi todos los derechos implican un deber correlativo, y los deberes sólo se toman en serio cuando la negligencia se castiga con el poder público sirviéndose de las cuentas públicas (...). Todos los derechos son costosos porque todos los derechos presuponen fondos de los contribuyentes para la eficaz maquinaria supervisora del control y la exigibilidad.⁵⁶

53. TSJ de la CABA, Expte. N° 7785/2010, “Ministerio Público - Fiscalía en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 3 de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en ‘Morales de Cortiñas, Nora Irma y otros c/GCBA s/medida cautelar’”, del 23/12/2010.

54. Ver Fernández, Bettina, “Sucinto repaso por los derechos económicos, sociales y culturales. A propósito de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con relación al derecho a la vivienda digna y adecuada”, *RAP*, N° 398, pp. 81-114, esp. p. 109.

55. Ver, por ej., CACaYT de la CABA, “C.M.G.J. c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales”, del 09/09/2011.

56. Me refiero al ya clásico Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, New York, W. W. Norton & Co., 1999, esp. pp. 43-44: “Rights are costly because remedies are costly. Enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to the extent that they remain unenforced. Formulated differently, almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse. (...) All rights are costly because all rights presuppose taxpayer-funding of effective supervisory machinery for monitoring and enforcement”.

A la luz de esta transcripción, entiendo que no se trataría sólo de consagrar derechos, incluso con un máximo de operatividad, como ocurriría en Buenos Aires bajo la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, artículo 10, sino de asegurar que se puedan enjugar los costos ínsitos en esa consagración. Caso contrario, la propia realidad se encargaría de tornar la implementación de las soluciones jurisprudenciales en verdaderas *sorpresas*. Una de ellas provino del célebre fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Q.”,⁵⁷ bien distinto de la solución adoptada por el Máximo Tribunal en “A. P., L. V.”⁵⁸ y sus seguidores, siempre con aparente apego a los hechos acreditados en el caso.

Con cierto sentido de la realidad emergente de esos costos, pero ante la acuciante realidad de los desamparados,⁵⁹ se impondría un *resizing*, redimensionamiento o recálculo de las consecuencias de operatividad o exigibilidad del respectivo derecho. De tal manera, a fin de que el derecho se torne operativo o real para los beneficiarios, como muestra alguna experiencia comparada,⁶⁰ parecería adecuado redefinir el significado del derecho en cuestión. Así, el derecho a la vivienda digna, imaginado como un departamento o casa en la zona ribereña de la Ciudad, sería redimensionado como hospedaje temporario hasta la obligatoria colocación laboral del carenciado por parte de asociaciones delegadas transestructurales del respectivo cometido estatal en un plazo razonable y la contemporánea obtención de un crédito blando para la adquisición de una vivienda en propiedad o, sin mediar tal mutuo, la obtención de vivienda bajo usufructo o derecho

57. “Q.C.S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo”, Fallos: 335:452 (2012).

58. A. 662. XLVII. RHE, “A. P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo”, del 11/12/2012, y demás causas allí incluidas, en el cual se sostuvo que “las cuestiones suscitadas en las actuaciones en que se promueven los recursos extraordinarios, cuya denegación motivó las presentes quejas, no guardan sustancial analogía con las examinadas por esta Corte en la causa Q.64.XLVI. ‘Q. C, S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’, sentencia de 24 de abril de 2012”.

59. A ellos se refiere, en especial, Ruiz, Alicia E. C., “Violencia y vulnerabilidad”, *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, año 1, N° 1, marzo 2011, pp. 13-15, esp. p. 15.

60. Ver, con provecho, las diversas posibilidades habitacionales que ofrece en el Reino Unido la asociación Homeless UK (<http://www.homelessuk.org>) y sus servicios de asesoramiento, centros de día y hospedajes.

de habitación vitalicio; todo ello, en áreas escasamente pobladas del país. De tal manera, se cumpliría lo querido por la cláusula constitucional de la prosperidad⁶¹ y dentro del área de los “actos favorables”,⁶² que permiten al Estado ayudar de esta manera a los necesitados. Pienso que tal nivel de intervención estatal en la materia podría dotar de un grado de predictibilidad al sistema de derechos y su aseguramiento, ley de presupuesto mediante.

Todo ello, por cierto, para la operatividad de los derechos que necesitan para su concreción de fondos (derechos de prestación), que difieren de derechos que no requerirían de ellos (derechos de libertad). El caso de estos últimos ameritaría un estudio por separado, en especial dada su aparente transformación, a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Suprema.⁶³

REFLEXIONES FINALES

Los jueces de la Ciudad de Buenos Aires tienen el trascendente rol de ser facilitadores de la concreción de los derechos y garantías, asistidos por la especial textura de la Constitución local en cuanto a unos y otros, y alcanzados por ese formidable paraguas de operatividad que brinda el artículo 10 CCABA. Todo ello, en un contexto de privilegio de los derechos humanos, categoría estirada para alcanzar incluso a los derechos humanos de los “programas de derechos humanos y educación sexual” y a los derechos humanos “básicos”, género que incluye, a tenor de ese artículo, además de los derechos humanos, los derechos reproductivos y los derechos sexuales.

61. Se siguen aquí las adecuadas reflexiones de Palumbo, Lucio M., “El principio de subsidiariedad y el acceso a la vivienda digna en el marco de la cláusula del progreso y el desarrollo humano en la Constitución Nacional”, *EDDC*, 20/09/2011, pp. 2-5.

62. Acerca de ellos, ver: Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2^{da} ed., 1994, p. 68.

63. En el fallo “F., A.L.”, del 13/04/2012, se construye una suerte de “derecho a abortar” o derecho a servicios estatales de aborto. Dice el cons. 25 de ese fallo: “[E]s el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura”.

Tanto en el plano sintáctico, como en el semántico y pragmático, el llamado “modelo constitucional porteño”⁶⁴ parecería asegurado por dos herramientas: la textual y la de la operatividad. Ellas permitirían vislumbrar una práctica judicial local de *profecías*, al decir de Holmes. Empero, no podría dejar de apuntarse que se advertirían, en el campo de los derechos involucrados en aspectos de bioética, soluciones incoherentes derivadas de la aplicación ciega del principialismo de origen estadounidense. Tales asistematicidades pueden superarse mediante una jerarquización interna de derechos en el texto constitucional, tal como ocurre con la Constitución germana vigente.

Por último, la operatividad de los derechos, con su consagración en la práctica jurisprudencial del Derecho comparado, posee su faz de concreción no sólo en la jurisprudencia de la Corte Suprema federal, sino también en los precedentes de la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Empero, esa concreción coloca en la disyuntiva el garantizar derechos y asegurar garantías más allá de los costos involucrados, o hacerlo dentro de sus limitaciones emergentes. Esta bifurcación en el camino de la toma de decisión podría dar lugar a consecuentes sorpresas, sean ellas relativas a las soluciones de forma o de fondo adoptadas en cada caso. A todo evento, alguna experiencia de política legislativa foránea permitiría ponderar cómo, en la realidad, se enjugan los derechos básicos, como ser el derecho a un lugar donde vivir dignamente, independientemente del título bajo el cual se lo torne operativo, aportándose al sistema de derechos una cuota de predictibilidad.

64. Gil Domínguez, Andrés, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Un recorrido crítico*, op. cit.

Artículo 11

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 desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Por Roberto Saba

DOS CONCEPTOS DE IGUALDAD

El principio de igualdad, previsto en la Constitución Nacional en el artículo 16 redactado en 1853, cuando se sancionara el texto original de ese instrumento, fue interpretado por la doctrina y la jurisprudencia desde fines del siglo XIX y hasta el presente como la expresión del derecho de los individuos a no ser víctimas de tratos arbitrarios, en principio por parte del Estado, aunque también podría extenderse la protección de este derecho frente a las relaciones que establecen los particulares entre sí.¹ La relación entre igualdad y no arbitrariedad –o razonabilidad– en el trato se ha entendido de modo que el Estado estaría constitucionalmente autorizado a establecer distinciones entre las personas siempre que estén justificadas en la aplicación de un criterio que pueda considerarse razonable, lo cual significa que debe guardar relación con el fin buscado por la regulación o la política pública implementada por el gobierno. De este modo, la Corte Suprema

1. Ver Saba, Roberto P., “Igualdad de trato entre particulares”, *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, 2011.

de Justicia de la Nación ha interpretado en numerosas oportunidades desde 1875 que la igualdad de trato ante la ley implica la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en igualdad de circunstancias.² Así, en el caso “Caille”³ (1928) el alto tribunal ha sostenido que

... la igualdad ante la ley establecida por el artículo 16 de la Constitución (...) no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros; de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes, según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquier otra inteligencia o excepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza y al interés social.

En un sentido similar, en el caso “García Monteavaro c/Amoroso y Pagano”⁴ (1957), la Corte sostuvo que

... la garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, cuya jurisprudencia en la materia ha servido al tribunal argentino de guía en muchas ocasiones, se ha pronunciado en una dirección similar. En el caso “F.S. Royster Guano Co. v. Virginia”,⁵ decidido en 1920, esa Corte 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.⁶

2. Fallos: 16:118.

3. Fallos: 153:67.

4. Fallos: 238:60.

5. 253 U.S. 412.

6. La traducción es mía.

Este Tribunal también sostuvo en “Reed v. Reed”,⁷ sentencia de 1971, que

... [c]ualquier clasificación debe ser razonable [*reasonable*], no arbitraria, y debe descansar sobre algún tipo de base de diferenciación que tenga vinculación, sustancial y justa, con el propósito de la legislación, de manera tal que todas las personas en similares circunstancias sean tratadas de igual forma.

Es preciso destacar que la Corte Suprema de los Estados Unidos distingue por un lado la razonabilidad (*reasonableness*) de la relación entre la clasificación realizada y el fin buscado (*classifications-ends relationships*), y por el otro la racionalidad (*rationality requirement*) como principio más amplio y general, que se refiere a la relación entre medios y fines y que se vincula con el debido proceso. Si bien ambos principios, el más abarcativo de racionalidad (*rationality*) y el más específico de razonabilidad (*reasonableness*), se encuentran relacionados, no son exactamente lo mismo. Mientras el primero se refiere a la proporcionalidad de medios a fines, el segundo indica la necesidad de no establecer clasificaciones arbitrarias. Es este último principio el que ambas cortes utilizarán para establecer un criterio que les permita distinguir los tratos diferentes constitucionalmente permitidos de los prohibidos.⁸

La igualdad de trato ante la ley establecida constitucionalmente a nivel nacional e interpretada desde el punto de vista de la exigencia de no arbitrariedad en el trato requiere de un doble juicio. Por un lado, es preciso establecer cuál es el fin que persigue la norma y, por el otro, es necesario que exista una relación de *funcionalidad* o de *instrumentalidad* entre el criterio escogido (por ejemplo, en el caso de los requisitos para el ingreso a la universidad, la exigencia de haber adquirido ciertos conocimientos básicos necesarios para alcanzar la educación superior) y el fin buscado (que esa persona pueda efectivamente asimilar los contenidos impartidos en ese estadio formativo). El Estado, por su parte, a fin de identificar cuáles son las personas que revisten las cualidades que considera necesarias para lograr el fin de la política pública,

7. 404 U.S. 71. Una versión traducida de este fallo se puede encontrar en Miller, Jonathan; Gelly, María Angélica y Cayuso, Susana, *Constitución y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, T. 2, p. 1524.

8. Gunther, Gerald, *Individual Rights in Constitutional Law*, New York, The Foundation Press, 5° edición, 1992, pp. 279-283.

debe fijar un *criterio indicativo* que le permita deducir que la persona posee la cualidad exigida. Por ejemplo, si lo que se busca es que los futuros estudiantes universitarios hayan adquirido conocimientos básicos necesarios para la educación superior, entonces exigirá como requisito la posesión de un título de estudios secundarios. El criterio “haber completado los estudios secundarios” es un *proxy* de la cualidad o atributo que el Estado considera razonable exigir a fin de justificar el trato diferente que les dará a los individuos en cuanto a la posibilidad de ingresar o no a la universidad. La exigencia de cumplimentar ese criterio supera el test de razonabilidad, mientras que requisitos tales como ser varón no lo lograrían, tal como lo sostuvo el juez White en el caso “Cleburne”: “ese factor [ser mujer] generalmente no provee ningún fundamento relevante para un trato diferenciado”.⁹ Siguiendo el argumento de este magistrado, no sólo no hay modo de poder afirmar que la condición de ser mujer opera como criterio indicativo del hecho de no tener la formación básica necesaria para poder iniciar estudios de nivel superior, sino que es prácticamente imposible imaginar situaciones en las que ese requisito podría ser razonable para justificar distinción alguna. En este sentido, algunos criterios como aquellos que se asocian al sexo de las personas sólo serían razonables si se fundaran en prejuicios anacrónicos sobre los roles que le corresponden a mujeres y varones en nuestra sociedad. En las propias palabras del juez White en “Cleburne”:

En lugar de basarse en consideraciones de alguna significancia, las leyes que distribuyen beneficios o cargas entre los sexos de modo diferente muy probablemente *reflejan nociones anacrónicas acerca de las capacidades relativas de hombres y mujeres*. Una clasificación basada en el género no se sostiene a menos que ella se encuentre sustancialmente relacionada con un interés suficientemente importante del gobierno.¹⁰

Esta afirmación abre la puerta en la jurisprudencia de los Estados Unidos a que sólo muy excepcionalmente se acepten como razonables criterios que son aparentemente irrazonables en casi todos los casos, pero ello requiere que el Estado extreme la demostración de esa razonabilidad y le compete a este y no al demandante demostrarlo. La

9. 473 U.S. 432 (1985).

10. 473 U.S. 432 (1985). La traducción y el énfasis me pertenecen.

Corte Suprema argentina ha seguido también esa postura. En los casos “Repetto, Inés María c/Provincia de Buenos Aires s/inconstitucionalidad de normas legales”¹¹ y “González de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba”,¹² decididos por el máximo tribunal argentino a partir de los votos de los jueces Enrique Petracchi y Jorge Bacqué, la Corte no sólo ha adherido a esta idea de categorías no razonables por no ser funcionales, sino que ha empezado a identificar algunas categorías que, en principio, nunca parecen ser razonables o son irrazonables *a priori*. Ellas son similares a las que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de los Estados Unidos han denominado “categorías sospechosas”.¹³ El derivado de esta identificación y calificación de ciertas categorías lleva a los magistrados a establecer una presunción de inconstitucionalidad de la regulación sólo superable si el Estado lograra demostrar lo que dieron en denominar “un interés estatal urgente o insoslayable”.

La identificación del principio de igualdad constitucional con el trato no arbitrario, como vimos hasta aquí, encuentra fundamento en una doctrina que se ha ido perfeccionando a lo largo de más de un siglo, que además goza de una aceptación generalizada en la academia jurídica y que incluso responde a una intuición muy básica que también compartiría la mayoría de los legos: que los tratos arbitrarios no son compatibles con la noción de igualdad. Recibir este tipo de tratos es lo que usualmente llamamos discriminación. Sin embargo, esta idea de igualdad ha sido criticada en las últimas décadas, no porque sea incorrecta, sino porque resulta ser, en algunos casos, una noción de igualdad que no captura aquello que sucede en situaciones en las que,

11. Fallos: 311:2272. También, en forma similar: “Calvo y Pesini c. Provincia de Córdoba”, Fallos: 321:194.

12. CSJN, G.653-XXXIII, 20 de septiembre de 2000.

13. Sobre la doctrina de las categorías sospechosas, ver: Rey Martínez, Fernando, “Igualdad, diferencia, discriminación”, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, Edit. Mac Graw-Hill, 1995, pp. 39-61. También: Ferreres Comellas, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 242-268. Para una crítica de la vinculación de la categoría sospechosa con el principio de razonabilidad en forma excluyente, ver: “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, Gargarella, Roberto, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, T. II, pp. 695-742.

pese a la existencia de tratos no arbitrarios, podría sostenerse con fundamentos que algunas personas, por su pertenencia a ciertos grupos, reciben un trato contrario al principio de igualdad. Estos son casos en los que podría suceder que, incluso cuando el Estado o los particulares realicen sus mejores esfuerzos conscientes para evitar cualquier trato arbitrario removiendo todo tipo de factor que pudiera abrir la puerta a comportamientos prejuiciosos, surgieran sin embargo *efectos* de ese trato que producen la exclusión permanente, sistemática, perpetua y transgeneracional de personas de determinados grupos, por el hecho de pertenecer a ellos.

Veamos algunos ejemplos: pese a que no existe ningún requisito que impida a las mujeres ser juezas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina, desde 1863, año en que empezó a funcionar, hasta 2004, sólo una mujer fue designada como miembro en más de un siglo y medio de historia –y es necesario agregar que fue puesta en funciones por un gobierno no democrático–. Otro caso que ilustra la problemática a la que hago referencia es el que involucra a las personas con algún tipo de discapacidad. Como sucede en todas las sociedades, la Argentina está compuesta por un número importante de personas en esa condición y, sin embargo, no mediando ninguna exclusión legal para que ellas sean contratadas en la Administración Pública, es realmente excepcional que esos individuos accedan a empleos dentro del Estado. Nos sorprendemos y alcanza incluso los titulares de los periódicos cuando una mujer llega a ocupar cargos de jerarquía en la estructura de un cuartel de bomberos, en la policía o en las fuerzas armadas, a pesar de que no existen requisitos o criterios que impongan el sexo como condición para los ingresos o ascensos en estas fuerzas. En todos estos casos, pese a que el Estado no actúa arbitrariamente pues no impone requisitos irrazonables –como el de ser varón o no contar con ningún tipo de discapacidad para acceder a los empleos–, no es posible afirmar que ha actuado de acuerdo con el principio de igualdad constitucional cuando los miembros de esos grupos resultan sistemáticamente excluidos del goce de sus derechos. La noción de igualdad como no discriminación es adecuada para evitar tratos arbitrarios, pero no expresa el valor de la igualdad constitucional en toda su extensión, ya que este también exige que ninguna persona, por pertenecer a un grupo determinado –mujeres, afrodescendientes, personas con discapa-

cidad, inmigrantes o miembros de pueblos originarios, por nombrar sólo algunos– se encuentre en situación de subordinación dentro de la estructura social. La igualdad, entonces, no exige sólo que los individuos no sean tratados de forma arbitraria, sino que ordena también que ninguno de ellos sea sometido a una situación de subordinación por ser parte de un grupo cuyos miembros se encuentran en situación de desventaja estructural.¹⁴

Como vimos en los ejemplos mencionados, esa situación puede estar siendo generada no por requisitos formales o pautas legales, sino por prácticas sociales o medidas estatales que, aun sin que medie intención de segregar o excluir, arrojan como resultado efectos que se encuentran en contradicción con la igualdad prevista en la Constitución. De este modo, el principio de igualdad exige que el Estado impida la subordinación o sometimiento de grupos en la estructura social, oponiéndose a la conformación de castas y exigiéndole al Estado la toma de todas las medidas que sean necesarias para el desmantelamiento de la situación de desigualdad estructural generada por aquellas normas o prácticas públicas o privadas. La noción de casta –que, admito, puede sonar extrema– proviene del voto del Juez Brennan en el medular caso “Plyler v. Doe”¹⁵ decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1982. En 1975, el Congreso del estado de Texas había modificado su legislación autorizando a las escuelas locales del distrito a negar la inscripción en ellas de niños que no hubieran ingresado legalmente a los Estados Unidos. El caso había sido promovido por medio de una acción de clase en la que se reclamaba la inconstitucionalidad de la ley de Texas ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. El argumento de la defensa del Estado se centró en que la Enmienda XIV establecía: “que ningún estado (...) negará a ninguna persona bajo su jurisdicción una protección igual de las leyes” (una cláusula sumamente emparentada con la idea de igualdad de trato ante la ley del artículo 16 de la Constitución argentina y tantas otras de América Latina) y que, debido a su estatus legal en materia inmigratoria, los que hubieran ingresado

14. Sobre la noción de igualdad como no subordinación de grupos, ver: Saba, Roberto, “Desigualdad estructural”, en Gargarella, Roberto y Alegre, Marcelo (coordinadores), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

15. 457 U.S. 202.

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”. Brennan desarrolló seguidamente una interpretación de la Enmienda XIV fundada en una visión de la igualdad ante la ley similar a la idea de desigualdad estructural, que persigue impedir la constitución de grupos excluidos que se cristalicen 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.¹⁶

Es importante resaltar que los demandantes en este caso no eran los padres que habían ingresado ilegalmente al país, sino los niños y niñas que, por la ley del estado de Texas, resultaban afectados por la decisión de sus progenitores de ingresar a los Estados Unidos sin cumplir con las exigencias de la ley. Brennan desarrolló el concepto de “grupo de marginados” y se apoyó en lo dictaminado por la propia Corte en “Trimble v. Gordon”¹⁷ (1977), donde el Tribunal sostuvo que estos niños “no tienen la posibilidad de influir en la conducta de sus padres, así como tampoco en su propio estatus (...) [y] utilizar la responsabilidad de la conducta ilegal de los padres contra sus hijos no se condice con las concepciones más fundamentales de justicia”.¹⁸ De este modo, se podría sostener que la falta de responsabilidad de sus miem-

16. La traducción y el énfasis me pertenecen.

17. 430 U.S. 762, 770.

18. La traducción y el énfasis me pertenecen.

bros respecto de su propia situación constituye un rasgo relevante del grupo marginado (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), pues ellos no tienen ninguna posibilidad de influir sobre la decisión o la conducta de aquellos que los condujeran a la situación en la que se encuentran.

De argumentos equivalentes a los defendidos por Brennan en su voto se desprende una teoría de los grupos sojuzgados, que fuera desarrollada desde la academia por juristas como Owen Fiss, quien elabora la noción de igualdad como no subordinación.¹⁹ Brennan señala que los hijos de inmigrantes ilegales constituyen una casta permanente aludiendo no sólo a la cristalización de un grupo tratado de forma desventajosa, sino que con la palabra “permanente” se refiere a la perpetuación de esa condición por medio de decisiones estatales y prácticas sociales, sobre la cual, agrega, no pueden influir, dado que ella no es generada por sus propias acciones, sino por las de sus padres.

Catherine MacKinnon, por su parte, siguiendo el marco conceptual ofrecido por Fiss, distingue también entre la igualdad entendida como no subordinación y la noción que la relaciona con los tratos no arbitrarios. Esta autora sostiene, al reflexionar sobre el acoso sexual de las mujeres trabajadoras, 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 dismantelar la estructura social que mantiene una serie de prácticas que se acumulan, en términos de Owen Fiss, sobre las mujeres “desaventajadas”*.²⁰

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, luego de interpretar por décadas el principio de igualdad constitucional desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación, y de impugnar de ese modo todo trato arbitrario propinado por el Estado, enriqueció esa mirada clásica

19. Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, 1976, p. 107.

20. MacKinnon, Catharine A., *Sexual Harassment of Working Women*, New Haven, Yale University Press, 1979, pp. 102-103.

incorporando elementos de la lectura de la igualdad como no subordinación en el caso “González de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba”.²¹ El pleito había llegado a los estrados del alto tribunal a instancias de los padres de los alumnos varones estudiantes del Colegio Monserrat, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, prestigioso establecimiento público que luego de más dos siglos de no admitir mujeres de acuerdo con el mandato de la tradición –y no por la imposición de la ley–, comenzó a hacerlo a raíz de un fuerte reclamo social. Los padres de los estudiantes varones alegaban un supuesto derecho de sus hijos a continuar asistiendo al colegio sin mujeres en las aulas por haber ingresado bajo un régimen de exclusión de las mujeres. El debate de fondo se centró en la constitucionalidad del criterio de sexo para la admisión de estudiantes al colegio. La mayoría de los argumentos de los ministros de la Corte se articularon en torno al principio de no discriminación, identificaron el sexo como criterio irrazonable apoyado en la tradición dominante de interpretación del principio de igualdad ante la ley. Sin embargo, es en el voto del Juez Enrique Petracchi que se reconocen rasgos emergentes de una idea diferente de igualdad, entendiéndola como un principio contrario a la exclusión y segregación de grupos:

Que lo expuesto evidencia que la Universidad Nacional de Córdoba, al disponer que las inscripciones en el Colegio Nacional de Monserrat se efectuarán sin distinción de sexo, no sólo ha actuado como órgano competente dentro de la esfera de sus atribuciones, sino que, más aún, ha removido un valladar discriminatorio –que hoy resulta moral y jurídicamente abominable– que impedía la plena participación de las jóvenes cordobesas en la vida educacional y cultural de su provincia.²²

Y agregó:

*... 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.*²³

21. CSJN, G.653-XXXIII, 20 de septiembre de 2000.

22. Caso “González de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba”.

23. *Ibidem*. El énfasis me pertenece.

La afirmación de Petracchi respecto de que el Estado no puede “perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer”, incorpora al análisis sobre la igualdad de trato ante la ley mucho más que el limitado principio de razonabilidad funcional o instrumental, y nos acerca a la aspiración de dismantelar un sistema de castas cristalizado en el tiempo y que atraviesa generaciones, en línea con lo sostenido por autores como Fiss o MacKinnon, y que coloca a ese grupo en condición permanente de exclusión e inferioridad. Con este argumento, Petracchi pasó del campo de la igualdad como no discriminación, que domina la interpretación histórica por parte de la Corte del artículo 16, al de la igualdad como no sometimiento. Aquí Petracchi está más cerca del Brennan de “Plyler” que de la Corte Suprema de los Estados Unidos en “Reed v. Reed”.

En la reforma de la Constitución Nacional de 1994 se incorporó una cláusula que confirma la opción de esta norma fundamental por una noción de igualdad fundada en el rechazo de la subordinación y exclusión de grupos: el artículo 75, inciso 23,²⁴ además de los artículos 37 y 75, inciso 19.²⁵ La mención en esta norma de la noción de igualdad *real de oportu-*

24. Artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional: “[Corresponde al Congreso] 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”. El énfasis me pertenece.

25. Artículo 37: “Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia, el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.

Artículo 75.19: “Corresponde al Congreso (...) Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportu-

nidades y la identificación de grupos merecedores de acciones positivas por parte del Estado, introduce con claridad la visión de igualdad que subyace al texto constitucional.

Algo similar ha sucedido en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos, especialmente a través de las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la cláusula protectoria de la igualdad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 24²⁶ es semejante al artículo 16 de la Constitución argentina. Además, el artículo 1, inciso 1 de dicho tratado prescribe una serie de criterios que, según la doctrina, fungen como categorías no razonables y, por lo tanto, no utilizables por los Estados firmantes para justificar tratos diferentes:²⁷

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.²⁸

El artículo 24, leído en consonancia con el artículo 1, inciso 1, ha dado lugar a interpretaciones de la Corte Interamericana, de la Comisión y de la doctrina especializada, que expresan el recurso al principio de igualdad como no discriminación para atribuirle significado al texto legal. De este modo, se pone en el centro de esa lectura la exigencia de razonabilidad de los criterios escogidos para llevar a cabo tratos diferentes por parte de los Estados firmantes. La Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos han hecho propia la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, según la cual

tunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.”

26. “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

27. Ver Dulitzky, Ariel E., “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Anuario N° 3, Año 2007, pp. 15-32.

28. Art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

los tratos diferentes debían perseguir un fin legítimo y los criterios adoptados para llevarlos a cabo debían guardar una relación razonable de proporcionalidad entre el medio utilizado (el criterio o requisito exigido) y el fin buscado.²⁹ La Corte Interamericana ha adoptado esta doctrina también en la Opinión Consultiva N° 4.³⁰ La adopción del principio de razonabilidad asociado a la noción de igualdad como no discriminación como estándar para identificar tratos desiguales prohibidos se reitera en los conceptos vertidos por la Corte en las Opiniones Consultivas 4³¹ y 18³².

Sin embargo, la Corte Interamericana, al igual que la Corte Suprema argentina, enfrentada a casos de desigualdad estructural, tal como sucedió con Petracchi en el caso “Delgado”, ha incorporado en su interpretación del tratado elementos de una visión de la igualdad entendida como no sometimiento. Es en la misma Opinión Consultiva N° 18 donde afirma que el artículo 24 impone una obligación por la cual:

... los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.³³

29. Para un análisis de esta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ver: Nash Rojas, Claudio y Valeska, David, “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Nash Rojas, Claudio y Mujica Torres, Ignacio (eds.), *Derechos humanos y juicio justo*, Lima, Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos, 2009, pp. 159-212. Ver también: Corte Europea de Derechos Humanos, Caso “Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium” (Fondo), 23 de Julio de 1968, Volumen 6, Serie A, párr. 10.

30. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*.

31. *Ibíd.*

32. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*.

33. *Ibíd.*

Las referencias a la *discriminación de facto* y la mención de prácticas prohibidas de funcionarios públicos introduce aquel factor sociológico que Owen Fiss consideraba tan esencial para la idea de igualdad como el no sometimiento. Esta lectura se verá más tarde perfeccionada en el caso “González y otras (Campo Algodonero) vs. México”, cuando la Corte Interamericana, al analizar un caso de violencia estructural contra las mujeres en Ciudad Juárez, sostiene que

... el concepto de “reparación integral” (*restitutio in integrum*) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de *discriminación estructural* en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (*supra* párrafos 129 y 152), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación.³⁴

Finalmente, en 2012, la Corte Interamericana decidió el caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”,³⁵ en el que se debatía la responsabilidad internacional del Estado por el supuesto trato discriminatorio de la Sra. Atala a quien, debido a su condición sexual, se le había retirado la custodia de sus hijas. Allí, el Tribunal, apoyándose en decisiones propias anteriores,³⁶ relacionó la noción de igualdad ante la ley con la situación relativa de los grupos en la estructura social, recogiendo, una vez más, el mandato de la igualdad entendida como no subordinación. Finalmente, sobre la base de la concepción de la igualdad como no subordinación y recurriendo nuevamente a su doctrina,³⁷ el Tribunal justifica

34. Corte IDH, Caso “González y otras (Campo Algodonero) vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C. N° 205, párr. 401. El énfasis me pertenece.

35. “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, Corte IDH, 24 de febrero de 2012.

36. Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* nota 83, párr. 55 y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párr. 101 y caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek”, *supra* nota 83, párr. 269.

37. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 85, párr. 104; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, *supra* nota 83, párr. 271, y Naciones Unidas, Comité de Derechos

la obligación del Estado de instrumentar medidas de acción afirmativa para dismantelar las condiciones que generan la situación de desigualdad estructural, ya sea esta consecuencia de la existencia de normas jurídicas o de prácticas llevadas a cabo por el propio Estado o por particulares.³⁸ Si bien hasta aquí la Corte es clara en cuanto a que la interpretación correcta de la Convención Americana del principio de igualdad debe sustentarse en el principio de no subordinación, finalmente remata su argumento con palabras que no dejan lugar a dudas sobre su postura, refiriéndose explícitamente al carácter “perpetuo, histórico y estructural del trato desigual” que caracteriza a la noción de igualdad como no sometimiento.³⁹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha transitado esa misma huella en su “Informe sobre acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”.⁴⁰

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

El artículo 11 de la Constitución de la Ciudad se inscribe en la tradición de la mejor interpretación de la Constitución Nacional, de su reforma de 1994 y de la doctrina desarrollada por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar el Derecho Internacional en materia de igualdad que presenté en el apartado anterior. En este sentido, la cláusula utiliza dos expresiones que permiten afirmar que la noción de igualdad que esgrime no se limita sólo a aquella que prohíbe tratos arbitrarios, sino que también refleja el compromiso de la Constitución local con la igualdad comprendida como no subordinación de grupos. La primera de esas expresiones se refiere al rechazo de “discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, re-

Humanos, Observación General N° 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.

38. “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, *op. cit.*, cons. 80.

39. Ídem, cons. 92 y 267.

40. Comisión IDH, “Informe sobre acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 20 enero 2007, cons. 72.

ligión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia”. Sin decirlo expresamente, la mención que realiza la Ley Fundamental de la noción de segregación hace una referencia implícita a la centralidad que esta idea de igualdad le asigna a los grupos, a los cuales protege contra medidas o prácticas que los coloquen en situación de desventaja, concepto que podría asimilarse a lo que el artículo menciona como “exclusión, restricción o menoscabo”. No resulta plausible entender el significado de “segregación” independientemente de la noción de grupo subordinado, pues no existe la segregación de un individuo aislado. Por otro lado, esta cláusula debe interpretarse de modo armónico con los artículos 36 y 38 de la misma Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, ambos contenidos dentro del Capítulo Noveno de ese corpus normativo, el cual se refiere a la igualdad entre varones y mujeres. El primero de estos artículos establece que

... [l]a Ciudad garantiza en el ámbito público y promueve en el privado la igualdad real de oportunidades y trato entre varones y mujeres en el acceso y goce de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a través de acciones positivas que permitan su ejercicio efectivo en todos los ámbitos, organismos y niveles y que no serán inferiores a las vigentes al tiempo de sanción de esta Constitución. Los partidos políticos deben adoptar tales acciones para el acceso efectivo a cargos de conducción y al manejo financiero, en todos los niveles y áreas.

Si bien esta cláusula no hace referencia en la literalidad de sus palabras a la razón obvia que provocó su inclusión al texto constitucional, que no es otra que la subordinación y padecimiento de desigualdad estructural por parte del grupo de las mujeres, la mera referencia a ambos colectivos y el contexto de exclusión sistemática de ellas de prácticamente todos los ámbitos de mayor relevancia de la vida en sociedad, como la política y los negocios, entre otros, es claro que la incorporación de ese capítulo en la norma fundamental de la Ciudad no tiene otro objetivo que contribuir a revertir la situación de desigualdad estructural que padece uno y sólo uno de los dos grupos mencionados. Es claro que la incorporación de estas cláusulas no se sostiene con base en la hipótesis de que son o podrían ser los varones las víctimas de los tratos segregacionistas y excluyentes de las mujeres, pues no hay

evidencia alguna en ese sentido. Los datos de la realidad impiden siquiera manejar esa opción como conjetura. Por ello, resulta llamativo y hasta artificial el modo en que se plantea el mandato constitucional para la incorporación de una política de trato preferente a las mujeres en la sección del artículo 36, que se refiere a la participación política y el ejercicio del derecho a ser elegido para cargos públicos. La cláusula establece que

... [l]as listas de candidatos a cargos electivos no pueden incluir más del setenta por ciento de personas del mismo sexo con probabilidades de resultar electas. Tampoco pueden incluir a tres personas de un mismo sexo en orden consecutivo. En la integración de los órganos colegiados compuestos por tres o más miembros, la Legislatura concede acuerdos respetando el cupo previsto en el párrafo anterior.

Nótese que la redacción y lenguaje del artículo no hace referencia alguna a la existencia de grupos subordinados ni identifica a las mujeres como las destinatarias del trato preferente. Por el contrario, el texto legal utiliza un lenguaje aparentemente neutro en cuanto al trato preferente, de modo que pareciera ordenar un trato simétrico hacia varones y mujeres. Más allá del hecho de que esta cláusula resulta positiva en tanto y en cuanto abre la puerta a una medida que en los hechos favorecerá al colectivo de mujeres, que es el grupo estructuralmente excluido de las listas de candidatos políticos a órganos colegiados, el lenguaje neutral utilizado—que evita identificar a las mujeres como grupo segregado—supone que los varones podrían en algún momento ser víctimas de tratos que los coloquen en situación de subordinación, lo cual resulta absolutamente contrario a toda la evidencia empírica existente.

A modo de hipótesis, se podría sostener que ese tipo de redacción supone el objetivo de blindar la cláusula de posibles críticas por brindar un trato preferente a un grupo determinado, el de las mujeres. Sin embargo, si hay una razón que justifica esta cláusula es justamente el hecho de la situación de desigualdad estructural que sufren las mujeres y que no padecen los varones. Es más, esta redacción trae aparejada incluso la paradoja de que al reconocer este trato preferente a las mujeres, pero oculto detrás de un supuesto trato simétrico a varones y mujeres, esto podría conducir a que en el eventual caso en el cual algún partido político, como consecuencia del éxito de la lucha por la

igualdad de género, proponga mujeres para más del 70% de las candidaturas, ello sería contrario al mandato constitucional sobre la base falsa de que en ese caso serían los varones los que se encontrarían en situación de desventaja estructural, cuando esto no es así. En un contexto en el que las mujeres constituyen un grupo en situación de desventaja estructural, la acción afirmativa o el trato preferente se justifica. Por lo tanto, la inclusión eventualmente minoritaria de los varones en las listas de candidatos no sería evidencia de que estos se encuentran en situación de desigualdad estructural y por ello merecen un trato preferente. A partir del modo en que se encuentra estructurada nuestra sociedad, incluso si se diera el caso en que el número de candidatas mujeres superara el máximo impuesto por la norma, ello no implicaría que los hombres han pasado a ocupar el lugar del grupo subordinado; he aquí la paradoja.

La misma negación de que la verdadera causa de estas cláusulas es la situación de subordinación de las mujeres y no la potencial subordinación de cualquiera de los dos grupos –varones y mujeres– se repite en la redacción del artículo 38 de la Constitución local. Esta provisión comienza con un lenguaje promisorio al afirmar que “[l]a Ciudad incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas públicas”, pero enseguida pasa a utilizar nuevamente el lenguaje simétrico al afirmar que la Ciudad “elabora participativamente un plan de igualdad entre varones y mujeres” y que “[e]stimula la modificación de los patrones socioculturales estereotipados con el objeto de eliminar prácticas basadas en el prejuicio de superioridad de *cualquiera de los géneros*”.⁴¹ Estas últimas palabras hacen suponer que la Constitución no reconoce la situación de subordinación de las mujeres, sino que persigue el objetivo de que ningún grupo sexual prevalezca sobre otro, como si ese fuera un riesgo real, y no es así. Una vez más es posible suponer que el constituyente buscó evitar o contrarrestar la eventual acusación de estar reconociendo un trato preferencial a un grupo específico –y por ello impugnable por violar la igualdad ante la ley–, cuando en realidad es la situación de desigualdad estructural de un grupo específico lo único que justifica el trato preferente a ese mismo grupo en virtud del compromiso constitucional con la igualdad

41. El énfasis me pertenece.

entendida como no subordinación. Cuando esta misma cláusula indica que la Ciudad “promueve que las responsabilidades familiares sean compartidas”, no lo sostiene porque las mujeres se desentiendan de esas responsabilidades en el ámbito de la familia sino que, por el contrario, son ellas las que padecen la ausencia del varón en su ejercicio. En las siguientes palabras, el artículo 38 retoma la senda de la noción de la igualdad como no subordinación, esta vez sí asumiendo que son las mujeres y no los varones las que padecen la desigualdad estructural y sus consecuencias. Así, la cláusula sostiene que la Ciudad:

... fomenta la plena integración de las mujeres a la actividad productiva, las acciones positivas que garanticen la paridad en relación con el trabajo remunerado, la eliminación de la segregación y de toda forma de discriminación por estado civil o maternidad; facilita a las mujeres único sostén de hogar, el acceso a la vivienda, al empleo, al crédito y a los sistemas de cobertura social; desarrolla políticas respecto de las niñas y adolescentes embarazadas, las ampara y garantiza su permanencia en el sistema educativo; provee a la prevención de violencia física, psicológica y sexual contra las mujeres y brinda servicios especializados de atención; ampara a las víctimas de la explotación sexual y brinda servicios de atención; promueve la participación de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a las temáticas de las mujeres en el diseño de las políticas públicas.

La mención en no menos de media docena de oportunidades de la palabra “mujeres” así como la alusión a la violencia estructural que se practica contra la mujer y sólo contra ella, pone en evidencia que la Constitución de la Ciudad reconoce a ese colectivo una situación de desventaja estructural, que ordena revertir en mérito al compromiso constitucional con la igualdad.

A pesar de existir evidencia recurrente en la Constitución respecto de su adhesión a una noción de igualdad que va más allá de la prohibición de tratos arbitrarios para colocar en cabeza del Estado la responsabilidad de dismantelar situaciones de desigualdad estructural –como por ejemplo aquella que afecta a las mujeres y otros grupos desaventajados–, la jurisprudencia del Tribunal Superior de la Ciudad parece haberse apoyado exclusivamente en la tradicional visión de la igualdad como no arbitrariedad, cuando ha decidido casos en los que estaba en juego el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad de

Buenos Aires.⁴² En las sentencias más relevantes sobre igualdad que ha resuelto esa Corte, se han manejado exclusivamente las categorías de razonabilidad en la elección de criterios que se han utilizado para justificar tratos diferentes y, a lo sumo, se ha aplicado la presunción de inconstitucionalidad respecto de la utilización de categorías específicas como el sexo, la edad o la nacionalidad, siguiendo la doctrina de las categorías sospechosas sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos como “Repetto” o “Delgado”.⁴³ Sin embargo, no es posible identificar una jurisprudencia potente y sostenida en el máximo tribunal local defendiendo una noción de igualdad como no subordinación que obligue al Estado a asumir su obligación constitucional de dismantelar situaciones de desigualdad estructural. Así, por ejemplo, en el caso “Salgado, Graciela Beatriz c/GCBA”,⁴⁴ la Jueza Ruiz ha afirmado que

... es el Estado quien debe demostrar que la distinción consagrada legislativamente no es una de aquellas que la doctrina ha calificado como sospechosa. Desde el punto de vista del control judicial de constitucionalidad, esta presunción de ilegitimidad se traduce en dos técnicas procedimentales: la inversión de la carga justificatoria, y el sometimiento de esa justificación a un estándar de escrutinio judicial elevado. La inversión de la carga justificatoria pone en cabeza del Estado la fundamentación de la medida una vez acreditado, por quien impugna la norma, el empleo de una distinción sustentada en una clasificación sospechosa. La sospecha de discriminación escondida detrás del uso de ciertas clasificaciones, amplía el ámbito de la protección antidiscriminatoria, y obliga a los poderes políticos a ser más cuidadosos en la selección de los factores de distinción empleados en los textos normativos.

42. Para un análisis exhaustivo de esta jurisprudencia, ver: Oubel, Silvina Marta, “Igualdad entre mujeres y varones en la jurisprudencia”, en Parise, Carlos María (comp.), *Premio Formación Judicial 2013: justicia con perspectiva de género, justicia y discapacidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2013, pp. 43-83.

43. Ver Treacy, Guillermo F., “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, *Lecciones y Ensayos*, N° 89, 2011, pp. 181-216.

44. Decidido el 21 de noviembre de 2001.

En “Sandez, Carlos Armando c/GCBA”,⁴⁵ caso en el que se discutía el límite etario para el ejercicio de la docencia, el tribunal aplicó el test de razonabilidad canónico. En cuanto a la doctrina de las categorías sospechosas, esta se repite en los precedentes “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA”⁴⁶ –sobre la aplicación del requisito de la nacionalidad para la inscripción en la matrícula profesional de escribano– y “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA”,⁴⁷ en el que se atacó el requisito de la nacionalidad para poder ejercer la docencia. Por su parte, también es pertinente la decisión tomada por el Superior Tribunal en el caso “Fundación Mujeres en Igualdad c/GCBA”. Allí se le solicitó a la Corte local que ordenara al Instituto de Educación Física N° 1 Doctor Romero Brest, dependiente de la Secretaría de Educación de la Ciudad de Buenos Aires, que revirtiera la práctica por la que otorgaba un mayor número de vacantes para varones que para mujeres en la carrera de profesor o maestro de educación física.⁴⁸ El Instituto concedía un quince por ciento más de vacantes para varones que para mujeres. La Cámara de Apelaciones hizo lugar a la demanda y condenó al Gobierno de la Ciudad a modificar su sistema de ingreso. Argumentos similares basados en la exigencia de razonabilidad en la justificación de tratos diferentes, así como en la presunción de invalidez de categorías consideradas sospechosas han sido utilizados por el Superior Tribunal de la Ciudad en los casos “Zdanevicius”⁴⁹ e “Izaguirre”.⁵⁰

El artículo 11, pese a la ambigüedad de su lenguaje, es la expresión de una visión de la igualdad entendida no sólo como un principio que

45. Expte. N° 482/2000, “Sandez, Carlos Armando c/GCBA”, del 29 de noviembre de 2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, T. II, p. 417 y ss.

46. Expte N° 4172/05 “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 9 de agosto de 2006.

47. Expte. N° 3103/04 “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 31 de marzo de 2005.

48. “Fundación Mujeres en Igualdad c/G.C.B.A.”, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, del 12 de diciembre de 2002.

49. Expte. N° 6749/09 “Zdanevicius, Luisa Laimute c/GCBA, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires”, del 25 de noviembre de 2009. Disponible en: <http://www.tsjbaires.gov.ar/>

50. Expte. N° 8290/10 “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Izaguirre, Graciela c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, 8 de febrero de 2012.

rechaza los tratos arbitrarios, sino también como un mandato adverso a la cristalización de una estructura social que coloque a algunos grupos en situación de desventaja estructural respecto del resto de la comunidad. Esta opción se ve reforzada al establecer que las obligaciones del Estado con miras a asegurar la vigencia de la igualdad constitucional no se agotan en la realización de tratos y distinciones razonables, sino que tiene también la obligación de dismantelar todas aquellas condiciones que causan la desventaja estructural de los grupos subordinados. En las propias palabras del artículo:

... [l]a Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad.

Sin lugar a dudas, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires expresa un nuevo paradigma en materia de igualdad alineado con la reforma de la Constitución Nacional de 1994. Sólo resta que su aplicación por parte de los tribunales refleje en sus decisiones el proyecto que en materia de igualdad nos legaron los constituyentes de 1996 y acompañen una construcción interpretativa que cobra fuerza tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Ese es el desafío que nos impone la tercera década de vida de nuestra Constitución local.

Artículo 12

La Ciudad garantiza:

- 1. El derecho a la identidad de las personas. Asegura su identificación en forma inmediata a su nacimiento, con los métodos científicos y administrativos más eficientes y seguros. En ningún caso la indocumentación de la madre es obstáculo para que se identifique al recién nacido. Debe facilitarse la búsqueda e identificación de aquellos a quienes les hubiera sido suprimida o alterada su identidad. Asegura el funcionamiento de organismos estatales que realicen pruebas inmunogenéticas para determinar la filiación y de los encargados de resguardar dicha información.**

2. **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.**
3. **El derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana.**
4. **El principio de inviolabilidad de la libertad religiosa y de conciencia. A nadie se le puede requerir declaración alguna sobre sus creencias religiosas, su opinión política o cualquier otra información reservada a su ámbito privado o de conciencia.**
5. **La inviolabilidad de la propiedad. Ningún habitante puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación deberá fundarse en causa de utilidad pública, la cual debe ser calificada por ley y previamente indemnizada en su justo valor.**
6. **El acceso a la justicia de todos sus habitantes; en ningún caso puede limitarlo por razones económicas. La ley establece un sistema de asistencia profesional gratuita y el beneficio de litigar sin gastos.**

Artículo 12. Inciso 1

1. **El derecho a la identidad de las personas. Asegura su identificación en forma inmediata a su nacimiento, con los métodos científicos y administrativos más eficientes y seguros. En ningún caso la indocumentación de la madre es obstáculo para que se identifique al recién nacido. Debe facilitarse la búsqueda e identificación de aquellos a quienes les hubiera sido suprimida o alterada su identidad. Asegura el funcionamiento de organismos estatales que realicen pruebas inmunogenéticas para determinar la filiación y de los encargados de resguardar dicha información.**

EL DERECHO A LA IDENTIDAD

Por Pablo A. De Giovanni

En este comentario al artículo 12, inciso 1, de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, nos enfocaremos básicamente en cinco aspectos. El significado del derecho a la identidad, los antecedentes a nivel internacional, la búsqueda de la verdadera identidad, la identidad de género y el derecho a preservarla.

CONTENIDO, ANTECEDENTES

El derecho humano fundamental a la identidad implica en primer lugar la prerrogativa de saber quién uno es, de dónde proviene y también cómo quiere ser tratado. Abarca el derecho prioritario al nombre, a la nacionalidad y a su registración, como así también la libertad de preservarlo.

Es un derecho primario de la persona humana, en tanto que sin él se pueden ver menoscabados otros, tales como el derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a la vivienda; derechos estos a los que es casi imposible acceder si no hay identidad consagrada registrada y ejercida.

Este derecho reconocido expresamente por el artículo 12, inciso primero de la Constitución de la CABA tiene como uno de sus antecedentes la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). En su artículo 7, la CDN proclama que “el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Además, el artículo 8 indica que “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares...”.

Según surge de este tratado internacional incorporado a la CN, a partir de la reforma de 1994 (artículo 75, inciso 22), desde el momento de su nacimiento, toda persona tiene derecho a obtener una identidad. La identidad incluye el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad. Es la prueba de la existencia de una persona como parte de una sociedad, como individuo que forma parte de un todo; es lo que la caracteriza y la diferencia de las demás. Todos los niños tienen derecho a poseer una identidad oficial, es decir, a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad y a conocer la identidad de sus progenitores.

Allí se establece también que todo niño debe ser registrado inmediatamente después de su nacimiento, ya que los padres tienen la obligación de informar el nombre, el apellido y la fecha de nacimiento del recién nacido. Esta acción supone el reconocimiento inmediato por parte del Estado de la existencia del niño, y la formalización de su nacimiento ante la ley. Además, su registro permitirá al niño pre-

servar sus orígenes: las relaciones de parentesco que lo unen a sus padres biológicos.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos consagra también, en su artículo 18, el derecho al nombre, parte integrante del derecho a la identidad. “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o de uno de ellos”, establece.

En la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (CCABA) se establece que rigen los derechos independientemente de su reglamentación o de la insuficiencia de esta (artículo 10). En ella la identidad se encuentra garantizada y se asegura el derecho a la identificación desde el nacimiento, sin que la indocumentación de la madre pueda ser considerada un obstáculo para la inmediata inscripción.

La inscripción en el Registro Civil y la concesión de la nacionalidad le proporcionan al recién nacido capacidad jurídica. Es decir, le permite ser reconocido como miembro de la sociedad y gozar de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. Además, le facilita el acceso a los diferentes servicios necesarios para desarrollarse y construir su vida y su porvenir, como la educación y la salud.

La identidad les permite a los niños y niñas gozar de la protección legal, ser amparados por sus padres y el Estado. Así podrán beneficiarse del régimen de protección de menores vigente en el país, que se encargará de protegerlos contra las diferentes muestras de maltrato y explotación.

BÚSQUEDA DE LA VERDADERA IDENTIDAD

En la CCABA se consagra también de manera prístina el derecho a la búsqueda e identificación de su verdadera identidad a quienes les fue suprimida o alterada. La CCABA ordena que se establezcan organismos que coadyuven a determinar la filiación.

No puede dejar de mencionarse que esta parte de la norma se encuentra íntimamente ligada con la alteración y supresión de identidades que se dio de manera sistemática durante la última dictadura cívico-militar. Especialmente cabe mencionar que la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo ha encontrado hasta el presente a 121 hijos de personas desaparecidas y, gracias a esa perseverancia, les han permi-

tido recuperar su derecho a saber quiénes son, de dónde provienen y a encontrarse con sus familiares de sangre, que los buscaron durante tantos años. Este encuentro con la real identidad de los llamados “nietos recuperados” es una forma de reparar la enorme violación a este derecho humano fundamental. La propia voz “desaparecido” y todo lo que ella conlleva y significa es la negación misma del derecho a la identidad. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires proclama con claridad el derecho a la identidad y el *nunca más* a su supresión o alteración, ordenando a los poderes constituidos que coadyuven al descubrimiento de la verdadera identidad de la persona humana.

En virtud de lo dispuesto en el artículo en comentario, la Legislatura de la CABA dictó la Ley N° 2202, cuya finalidad es garantizar y promover el acceso a la información contenida en los registros de pacientes de los establecimientos de salud, facilitando así la búsqueda de datos que permitan que cualquier persona –que sospeche o presuma que ha sido víctima de supresión o alteración de su identidad– pueda acceder a los datos y evaluarlos.

La referida ley establece asimismo que el Ministerio de Salud adoptará las medidas necesarias a fin de unificar los sistemas de registro de los nacimientos y de partos que se produzcan en los servicios pertinentes del sistema de salud, de conformidad con lo normado por la Ley N° 1815.

IDENTIDAD DE GÉNERO

Señalamos ya en el primer párrafo de este comentario que este derecho abarca la prerrogativa de considerar cómo una persona humana quiere ser tratada, cómo se percibe a sí misma, la llamada identidad de género.

Y no podemos dejar de vincular esta consagración con la bella redacción del artículo 11 de la CCABA que, al garantizar la dignidad y la igualdad de las personas, establece el derecho a ser diferente. Aplicando estas normas, los tribunales de la Ciudad esbozaron que el derecho a la identidad de género permite su registración y documentación aun antes de que se dictara la legislación en la materia.

Entre otros, podemos mencionar el fallo caratulado “A.R.A c/GCBA s/amparo Art. 14. (Const. CABA)” que, basado en la doctrina “Floren-
cia Trinidad”, es el segundo en su tipo que reconoce el derecho a la
identidad como un derecho humano básico y no sujeto a operaciones
o diagnósticos médicos o psiquiátricos. En sus fundamentos, la ma-
gistrada expresó:

... un paso importante al que una decisión judicial puede tender es
el reconocimiento público de la existencia de la estigmatización y del
sufrimiento inflingido, y la ilicitud de las discriminaciones en que se
apoyan (...). De lo que se trata entonces es de advertir el contrasentido
de unos derechos que se predicen universales pero dejan a un grupo
de personas excluidas de su goce.

Asimismo, agregó:

... partiendo del régimen constitucional de la Ciudad de Buenos Ai-
res no hay orientaciones sexuales o géneros buenos y malos: la opción
sexual y el género son cuestiones extra morales. No hay un marco nor-
mativo que permita establecer géneros normales y patológicos. Se tra-
ta de admitir que la libertad y el reconocimiento son muy importantes
para la dignidad humana.

Con posterioridad fue dictada a nivel nacional la Ley de Identidad
de Género,¹ que estableció con claridad sus alcances:

Artículo 1º - Derecho a la identidad de género. Toda persona tiene
derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al libre
desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) A ser
tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser
identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su iden-
tidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que
allí es registrada.

Artículo 2º - Definición. Se entiende por identidad de género a la vi-
vencia interna e individual del género tal como cada persona la siente,
la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del
nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede
involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a tra-
vés de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre

1. Ley N° 26743. Publicada en el BO el 24 de mayo de 2012.

que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Consideramos importante destacar que mediante el dictado de la Ley N° 4496, la Legislatura de la CABA emplazó a las reparticiones a llevar adelante todas las acciones tendientes a registrar la identidad real, actualizando los datos asentados en cada archivo, registros o bases de datos públicos o privados bajo identidad adulterada, rectificadas por resolución judicial o que se hayan acogido a la normativa vigente de derecho de identidad de género.

DERECHO A PRESERVAR LA IDENTIDAD

Hasta aquí encontramos que la consagración constitucional ha tenido buena acogida en los poderes constituidos, especialmente en el ámbito del Poder Judicial. Sin embargo, recientemente el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) ha dictado un fallo que resulta al menos preocupante respecto de la averiguación de la identidad sin motivo aparente por parte de la autoridad policial de seguridad.

Ya hemos destacado en los primeros párrafos que el derecho a la identidad implica también la libertad de preservarla. Sin embargo, los jueces entendieron que la facultad (de la Policía Federal de solicitar la exhibición de documentos que acrediten la identidad) está “implícitamente reconocida” siempre que su “ejercicio constituya una actividad de seguridad”.

En el caso, Lucas Vera² fue interceptado por la Policía Federal en una estación de trenes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 14 de abril de 2014. Según declararon los efectivos, al momento de pedirle su documento de identidad “el sujeto comenzó a demostrar cierto nerviosismo (...) y de forma espontánea manifestó poseer un arma de fuego en la cintura”. Fue detenido.

La Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero Penal Contravencional y de Faltas confirmó la nulidad del procedimiento policial de identificación. Entendieron que “la policía no se encuentra auto-

2. Expte. n° 11835/15 “Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Sur de la CABA - s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Vera, Lucas Abel s/infr. art. 85, CC”. Buenos Aires, 23 de diciembre de 2015.

rizada a “impedir la libre circulación –aunque fuese por un tiempo mínimo– y de exigir la exhibición de documentación (...) si no cuenta con un motivo válido para hacerlo”.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires revocó la decisión por mayoría. Allí, en uno de los votos, puede leerse:

... considero que la solicitud de documentos en la vía pública a las personas en ejercicio de controles generales por parte de la policía, constituye una de las facultades implícitas (...) en tanto puede considerársela como emanada del poder de policía del Estado y lícita mientras se la ejercite razonablemente.

Y también:

... la solución propuesta por la Cámara parece haber partido de la equivocada equiparación de la mera interceptación de una persona en la vía pública al solo efecto de solicitar su identificación con su detención o la eventual requisa de sus pertenencias. El reconocimiento de la facultad antes mencionada en cabeza de las fuerzas de seguridad en modo alguno importa habilitar que sus agentes se encuentren autorizados, en cualquier caso, a indagar la identidad de los habitantes. Muy por el contrario, la propia reglamentación aplicable ofrece pautas que sugieren que dicha potestad, lejos de ser ejercida discrecionalmente, debe sujetarse a determinadas limitaciones que garanticen su ejercicio razonable.

El fallo continúa señalando:

... la circunstancia de que una autoridad de prevención lleve adelante procedimientos identificatorios de personas al azar en lugares públicos o de acceso público –también denominados usualmente “controles poblacionales”– no es, *per se*, violatorio de ninguna garantía constitucional, siempre que esa identificación encuentre apoyatura en la consecución de las funciones que le resultan inherentes para el mantenimiento del orden público y se argumente en condiciones razonables y proporcionales que no resulten contrarias a los derechos garantizados en la CN, o en la CCABA, ni suponga un trato discriminatorio, desigual o arbitrario para las personas de manera tal que no las coloque en situaciones de inferioridad o indefensión, respecto de otras personas que circulen libremente por el lugar.

Finalmente, los jueces del TSJ sostuvieron:

Consecuentemente, a diferencia de lo expresado por el tribunal *a quo*, la facultad de requerir la identificación de las personas, en lugares públicos o de acceso público, por parte de la autoridad policial no exige la concurrencia de circunstancias sospechosas o indiciarias acerca de la hipotética comisión de un ilícito que deba ser conjurado, sino que dicha facultad razonablemente se justifica en la propia función de prevención y disuasión que les concierne como funcionarios públicos encargados de hacer cumplir las leyes y de velar por una convivencia pacífica de todas las personas que transitan libremente por estos lugares. El genuino control que, en determinados lugares, ejerce la autoridad de prevención con fines disuasorios, a fin de resguardar en mayor medida las legítimas expectativas de seguridad que la población deposita en ella, ciertamente no puede ser tildado en abstracto de espurio e insostenible, bajo el argumento de que aquel limitaría de una manera poco significativa la circulación de los ciudadanos o su intimidad; máxime, cuando de lo que aquí se trata es de la mera exhibición del documento público que toda persona de existencia visible que se domicilie en el territorio argentino –o bien que sea argentina sea cual fuere el lugar en donde se domiciliare– legalmente debe, cuanto menos, tramitar e incluso presentar en cualquier circunstancia en que resulte necesario acreditar, fehacientemente, la identidad para el ejercicio de ciertos derechos u obligaciones.

Entiendo que la interpretación realizada por el máximo Tribunal jurisdiccional de la Ciudad y las posibles reinterpretaciones del fallo a efectuarse por los operadores del Derecho y la propia autoridad policial, no se corresponden con la letra ni con el espíritu de la Constitución de la Ciudad.

La Constitución de la CABA, en su artículo 13, prohíbe toda detención que no sea por “orden escrita y fundada emanada de autoridad judicial competente, salvo caso de flagrante delito con inmediata comunicación al juez”, erradica toda “norma que implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito, cualquier manifestación de derecho penal de autor o sanción de acciones que no afecten derechos individuales ni colectivos” y en materia contravencional sólo permite la aprehensión “en caso de hecho que produzca daño o peligro que (la) hiciere necesaria”.

Desde aquí bregamos porque se trate sólo de un caso aislado en la jurisprudencia del TSJ, y que esta interpretación no dé pie a un

enorme retroceso, que nos lleve nuevamente a la vigencia pretoriana de los (derogados expresamente por la Constitución de la CABA) edictos policiales.

Artículo 12. Inciso 2

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.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Por Marcela I. Basterra

Preliminarmente, cabe destacar que en Argentina el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es, como fuente externa, la clave para abordar el derecho a la información como un derecho/deber inescindible de la libertad de expresión. Es en este ámbito donde el derecho a la información aparece como una precondition para el ejercicio en plenitud del derecho a la libertad expresiva.

La base normativa para afirmar esta relación entre los dos derechos es el mencionado artículo 13 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, que 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.

La Convención reconoce los derechos de expresar y difundir libremente el pensamiento, ideas y opiniones por cualquier medio de comunicación, con abstracción de la interferencia o intromisión de las autoridades estatales. Asimismo, garantiza la opinión pública libre, inherentemente ligada con el pluralismo político como valor funda-

mental y como un requisito indispensable en el desenvolvimiento de un Estado de Derecho.

Aunque la norma parecería referirse a la libertad de expresión, lo cierto es que en la voz “recibir y difundir informaciones” se encuentra tutelado el derecho a ser informado y, correlativamente, la obligación de brindar información.¹ Pese a la redacción de la Convención, la Corte IDH ha afirmado que la protección y promoción de un concepto amplio de la libertad de expresión es la piedra angular de la existencia de una sociedad democrática, considerada indispensable para la formación de la opinión pública.

Del mismo modo, al interpretar el artículo 13 de referencia, la Corte señaló que

... la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...”. Estos términos establecen literalmente que, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de búsqueda y difusión de ideas u opiniones. (...) En efecto, esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado e impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo, pero también implica recibir cualquier información, así como el derecho a conocer la expresión del pensamiento ajeno.²

Igualmente, el Tribunal destaca la relevancia política de la libertad de expresión en los siguientes términos:

En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común, tiene tanta importancia el conocimiento

1. Basterra, Marcela I., *El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública*, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2006, pp. 31-33.

2. Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13/11/85, Serie A N° 5.

de la opinión ajena o de la información de que disponen otros, como el derecho a difundir la propia.³

Es importante señalar que de aquí surgen los dos pilares básicos para la interpretación del artículo 13; el primero se denomina “estándar democrático”, y el segundo, “estándar de las dos dimensiones”.⁴

En síntesis, el Tribunal ha considerado que: 1) una sociedad bien informada es sinónimo de una sociedad libre; 2) el derecho de libre expresión y el de acceso a la información hacen notoria la importancia de la transparencia de las actividades estatales, las que favorecen a su vez el control ciudadano; 3) los medios de comunicación tienen un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión, por lo que es indispensable que tengan acceso a las diversas informaciones y opiniones; 4) una sociedad bien informada propicia y robustece el debate público.⁵ El derecho a la información completa y moderniza el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, no deben confundirse ambos conceptos. Se advierte que la textura normativa del artículo 13 de la Convención, al describir la posibilidad de *buscar y recibir*, por un lado, y *difundir o transmitir*, por el otro, sugiere claramente la existencia de dos caras de una misma moneda, y en consecuencia así lo ha adoptado la jurisprudencia del Tribunal internacional.⁶

Como puede observarse, la Constitución porteña garantiza el derecho a la información de manera similar. Es decir que en el dispositivo constitucional quedan tutelados el derecho a la información en su faz colectiva, el ejercicio de libertad de expresión sin censura previa –en forma concordante con lo dispuesto por el artículo 14⁷ de la Constitución Nacional–, y el acceso a la información pública.

3. Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia del 02/07/04. Serie C N° 107.

4. Ver: Asociación por los Derechos Civiles (ADC), “La Libertad de Expresión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana”, documento elaborado por el equipo de trabajo del Programa sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de la Asociación, prólogo de Eduardo Andrés Bertoni, 2009, pp. 3-4 y 13-29.

5. Corte IDH, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia del 31/08/04. Serie C N° 111 y Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, *op. cit.*

6. Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (“Olmedo Bustos y otros”). Sentencia del 05/02/01. Serie C N° 73.

7. Constitución Nacional, artículo 14. “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...) de

En este sentido, el convencional Jozami en el debate de la Convención puntualizó:

... ha primado el criterio tradicional en materia de prensa en los textos constitucionales y legislativos, que consiste en evitar las enumeraciones detalladas o extensas. Se tuvo en cuenta que es una materia sobre la cual, al tratarse la propia Constitución Nacional, se señaló la conveniencia de no abundar en normas legislativas que pudieran tener un propósito no buscado, una consecuencia indirecta, ya que muchas veces, en aras de proteger derechos, en última instancia se podría terminar en una limitación de la libertad de prensa. Por otro lado, se ha tenido en cuenta la vigencia de normas internacionales que están incorporadas a la Constitución Nacional, como el Tratado de San José de Costa Rica...⁸

Sentado ello, cabe aclarar que la libertad individual de expresión es un derecho público subjetivo, en cambio el derecho a la información es un derecho público colectivo. Ambos coinciden en el precepto constitucional, pero por su naturaleza difieren en aspectos sustanciales. La libertad de expresión se introduce y se esgrime frente al Estado para hacer posible la disidencia. En cambio, el derecho a la información se exige a través del Estado, para hacer posible la democracia.⁹

En consecuencia, siguiendo el estándar de la Corte IDH, se puede afirmar que la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, por cualquier medio.

Si bien no hay en el derecho a la información una línea divisoria tan precisa, debe quedar claro que esta es una prerrogativa distinta de la libertad de expresión, con entidad propia, aun cuando tradicionalmente se los ha identificado.

En tal sentido, corresponde diferenciar la libertad de expresión del derecho a la información a partir de la distinción de aquello que se transmite: ideas o hechos.

publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...”.

8. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires de 1996*, Buenos Aires, Editorial Jusbairens, 2016, T. 2, pp. 525-526.

9. López Ayllón, Sergio, *El derecho a la información*, Ciudad de México, Editorial Porrúa, 1984, p. 79.

Esta diferenciación puede visualizarse a través de tres elementos: a) el derecho a comunicar, común a ambas libertades; b) el derecho a investigar, propio de la libertad de información; c) el derecho a recibir, común a la libertad de expresión y a la libertad de información.¹⁰

Se acogen dos derechos distintos por su objeto y sus titulares. Por un lado, el derecho a la libertad de pensamiento o ideología –libertad de expresión o de opinión–, mientras que por el otro, se construye el derecho de información en una doble dirección, comunicarla y recibirla.¹¹

También se ha considerado que el derecho a expresarse y a difundir lo expresado están intrínsecamente unidos, de manera tal que toda limitación o restricción a las posibilidades de transmitir a terceros opiniones o informaciones constituye una afectación del derecho a la libertad de expresión. A la inversa: que la libertad de información asume y amplía la libertad de prensa de la concepción clásica.¹²

Existen muchos puntos de conexión entre ambos derechos, dado que se trata de dos prerrogativas claves para el sostenimiento de una sociedad realmente democrática. Sin libertad de expresión y de información, los ciudadanos están totalmente indefensos ante quienes detentan el poder. La democracia representativa se basa, entre otros pilares, en el límite al poder político.¹³

Establecidas ambas concepciones, entendemos que se trata claramente de dos derechos distintos con entidad propia, sin perjuicio de que ambos constituyen la afirmación más directa y vigorosa de la libertad y la democracia, manifestación sin la que el ejercicio democrático no podría existir ni desarrollarse.

Al referirnos a la libertad de expresión, lo que se transmiten son ideas, pensamientos o juicios de valor. Por el contrario, cuando alu-

10. Catala I. Bas, Alexandre H., *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional. Hacia un derecho europeo de los derechos humanos*, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 2001, p. 98.

11. Ortega Gutiérrez, David, *Manual de derecho de la información*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, p. 69.

12. Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho a la información en el ámbito del Derecho Constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos”; en Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel (coords.), VV. AA., *Derecho a la Información y Derechos Humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, N° 37, 2000, pp. 26-27.

13. Ortega Gutiérrez, David, *op. cit.*, p. 71.

dimos a la libertad de información, nos referimos a la transmisión de datos o noticias, caso en el que se suma un requisito, que es el de la veracidad. Este aditamento no exige que el dato o noticia indefectiblemente deba ser cierto, sino que se requiere un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad. En tal sentido, la información debe ser obtenida por medios legales y razonablemente constatada, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten la esencia de lo informado.¹⁴

En este punto, vale recordar que el artículo 46 de la Constitución de la Ciudad asegura a los usuarios y consumidores el acceso a una información transparente, adecuada, veraz y oportuna a fin de proteger su salud, seguridad y patrimonio.

Siguiendo esta línea argumental, se puede definir al derecho a la información como la facultad que tienen los ciudadanos de comunicar o recibir libremente información veraz, por cualquier medio de difusión.

En síntesis, el derecho a la información comprende tres facultades interrelacionadas: las de buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones o ideas, ya sea en forma oral o escrita, impresa, artística o por cualquier otro procedimiento, con la sola limitación que pueda surgir de la Constitución, las sentencias judiciales y las leyes reglamentarias en tanto atiendan el principio de proporcionalidad.

Se trata entonces de un derecho que tiene una doble vía. Por un lado, protege al sujeto emisor de la información, es decir, a la persona que comunica hechos o acontecimientos, y por el otro, tutela al receptor de la información, que tiene el derecho a reclamar cierta calidad de lo informado.¹⁵

Esta ha sido la interpretación de los constituyentes, tal como surge de lo expuesto por el convencional Santa María, quien destacó que

... el derecho a la información es fundamental en un sistema democrático moderno e integrado. (...) La libertad de expresión de la manera que la insertamos en el texto constitucional es considerada como un derecho a hacer público y transmitir su pensamiento a través de las más variadas formas de comunicación, masivas o no, desde la libertad

14. De Vega Ruiz, José Augusto, *Libertad de expresión, información veraz, juicios paralelos, medios de comunicación*, Madrid, Editorial Universitat, 1998, p. 33.

15. Basterra, Marcela I., *El derecho a la información vs. derecho a la intimidad*, Sante Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, pp. 72-79.

de palabra, medio de expresión inherente a todas las personas para canalizar sus opiniones, hasta otros de mayor alcance espacial y universalidad de público potencial. La libertad de información implica el acceso libre a las fuentes de información, la posibilidad de recoger noticias y difundirlas, y de garantizar el secreto de las fuentes de las que esas noticias se han obtenido. Esta libertad de información implica que el Estado no pueda cohibir ni monopolizar las fuentes de información, al tiempo que el periodismo no sufra restricciones en el acceso a esas fuentes y el público general goce del derecho a que las mismas fuentes sean públicas y veraces.¹⁶

Por otra parte, la norma en análisis garantiza el derecho a expresarse por cualquier medio y sin ningún tipo de censura. Al respecto, corresponde tener presente que la idea que subyace es que el abuso de esta libertad no puede ser objeto de medidas de control preventivo, sino fundamento de responsabilidades ulteriores para quienes lo hayan llevado a cabo.

En el caso paradigmático “*La última tentación de Cristo*”, la Corte Interamericana consideró que se trataba de un supuesto de censura previa y como tal, violatorio de la libertad de pensamiento y de expresión consagrada en el artículo 13 del Pacto. Asimismo, señaló que el Estado chileno había incurrido en responsabilidad internacional por el incumplimiento de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos proclamados en la Convención, como también al deber de adecuar la legislación interna a lo dispuesto por el Tratado (artículos 1.1 y 2 de la Convención).

La Corte ha entendido que las infracciones a la mencionada cláusula convencional pueden observarse en diferentes hipótesis, ya sea que impliquen la aniquilación del ejercicio de la libertad de expresión o su restricción, más allá de lo legítimamente permitido. Así, ha considerado que existe una supresión radical de esta libertad cuando a través del poder público se establecen medidas para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias, tales como la censura previa, el secuestro o prohibición de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control del Estado. En tales hipótesis, hay una viola-

16. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires de 1996, op. cit.*, T. 2, p. 587.

ción no sólo al derecho de cada persona a expresarse, sino también al de todos los habitantes a estar bien informados, y se afecta en consecuencia una de las condiciones básicas de toda sociedad democrática.¹⁷

Sobre este aspecto, es imperioso subrayar que la Convención prescribe que tampoco podrá restringirse el derecho a la libre expresión por vías indirectas (artículo 13, inciso 3). En oportunidad de interpretar esta norma, la Corte IDH ha enfatizado que no tiene carácter taxativo sino meramente enunciativo, lo que significa que pueden ser incorporados otros supuestos. Así, en el caso “Ivcher Bronstein c/Perú”¹⁸ se analizó la relevancia que revestía el hecho de que los periodistas gozaran de la protección indispensable para llevar a cabo sus funciones. Por supuesto que esto no significa que la libertad de expresión pueda ser ejercida de manera abusiva, por lo que de su accionar ilegítimo se desprenden responsabilidades ulteriores.

En este marco, resta hacer referencia al tercer derecho que se encuentra amparado por el inciso 2 del artículo 12 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, el derecho de acceso a la información pública, que constituye otra de las prerrogativas necesarias para el funcionamiento adecuado de los sistemas democráticos. La transparencia no es una simple aspiración vinculada con la moralidad o los valores, sino una real exigencia y condición para el funcionamiento pleno del Estado de Derecho.¹⁹

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 sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan, así como el destino que otorgan al dinero público. La información no es propiedad del Estado sino que pertenece a los ciudadanos, en con-

17. Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, *op. cit.*; “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C N° 140; “Palamará Iribarne vs. Chile”, sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C N° 135; y “La última tentación de Cristo”, *op. cit.*

18. Corte IDH, “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú”, sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C N° 74.

19. Drucaroff Aguilar, Alejandro, “Derecho de acceso a la información en poder del Estado”, LL 2014-C, p. 4.

secuencia la información que posee la Administración sólo se justifica en su carácter de representante de los individuos.²⁰

El acceso universal a la información pública es una condición esencial y necesaria para que la democracia participativa diseñada por los constituyentes nacionales en 1994 y los porteños en 1996, tenga posibilidades de realización práctica y cuente con canales institucionales adecuados. Por ello, es necesario un abandono de la cultura del “secretismo” y la adopción de los estándares que ha receptado nuestro máximo tribunal federal en “Asociación de Derechos Civiles c/Pami s/amparo Ley 16986”²¹ y “CIPPEC c/Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social - dto. 1172/03 s/amparo Ley 16986”.²² 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”²³.

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 del Pacto de San José de Costa Rica.

Si el Estado no genera, sistematiza y conserva información, de nada valdrá la consagración de este derecho fundamental. La obligación de generar información viene impuesta de modo derivado por las propias obligaciones asumidas por el Estado en la citada Convención y en tratados concordantes, como el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, los compromisos de: “adoptar medidas”, “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, “para lograr progresivamente”, “por todos los medios apropiados”, “la plena efectividad de los derechos (...) reconocidos”, requieren para determinar

20. Grillo Irde, Isabel María, “El derecho de acceso a la información para oxigenar la democracia”, LL 2013-B, p. 17.

21. CSJN, Fallos: 335:2393, “Asociación de Derechos Civiles c/Pami s/amparo Ley 16986”, sentencia del 04/12/2012.

22. CSJN, “CIPPEC c/Estado Nacional - Min de Desarrollo Social - dto. 1172/03 s/amparo Ley 16986”, sentencia del 26/03/2014.

23. Corte IDH, “Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile”, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C N° 151.

su cumplimiento, y eventualmente exigirlo por vía judicial, de la producción de información por parte de la Administración.²⁴

En el ámbito local, el artículo 1 de la Constitución 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. 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”, y el artículo 46 asegura a los usuarios y consumidores el acceso a una información transparente, adecuada, veraz y oportuna a fin de proteger su salud, seguridad y patrimonio. También el artículo 52 de la Constitución porteña envuelve un novedoso procedimiento de esbozo y rastreo del presupuesto estatal. Finalmente, en el Título Séptimo, Capítulo Primero, prevé que los funcionarios deben rendir cuentas de su gestión, así como 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).

Puede asegurarse entonces que el acceso a la información pública en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires es un derecho bidireccional, que incluye tanto el derecho a informar cuyo titular es el sujeto activo, como el derecho a ser informado, cuyo titular es el sujeto pasivo de la relación.²⁵

Como puede observarse, este derecho fundamental ha sido receptado constitucionalmente con profusión y contundencia, y se le ha otorgado un rol destacado, dado que se traduce en una tutela judicial efectiva y eficaz ante eventuales reticencias de la Administración. No exige motivación ni acreditar interés subjetivo alguno al momento de solicitar información o de otorgar legitimación activa, por lo que la reglamentación legal en la Ciudad de Buenos Aires es acorde a los lineamientos de los estándares internacionales.

24. Scheibler, Guillermo M., “El derecho humano de acceso a la información pública”, LL 2013-B, p. 2.

25. Gil Domínguez, Andrés, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Un recorrido crítico*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 1997, p. 132.

El Derecho Público porteño conforma un verdadero sistema de transparencia institucional, integrado por la Constitución y la Ley N° 104.²⁶

En efecto, la reglamentación establece una amplia legitimación activa como pasiva, al promover que todas las personas tienen derecho a solicitar y recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna, de cualquier órgano perteneciente a la Administración central, descentralizada, de entes autárquicos, empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y 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 y del Judicial 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 N° 1172/2003,²⁷ la norma porteña no incluye –al menos expresamente– a las organizaciones privadas que hayan percibido subsidios o aportes provenientes del sector público, como tampoco a las empresas privadas a quienes se les haya concedido 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 importantísima porción del presupuesto porteño que se destina a estos rubros, revela por sí misma que se trata de una omisión que debe ser subsanada a efectos de lograr mejores niveles de transparencia en 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 impone a quien los recibe el deber

26. Ley N° 104 de Acceso a la Información Pública, publicada en el BOCBA del 29/12/98.

27. Decreto N° 1172/2003, publicado en el BO del 04/12/2003. Artículo 2. “Ámbito de aplicación. El presente Reglamento General es de aplicación en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional. Las disposiciones del presente son aplicables asimismo a las organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional, así como a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado Nacional a través de sus jurisdicciones o entidades y a las empresas privadas a quienes se les hayan 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”.

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,²⁸ el hecho de que un organismo cumpla funciones de interés público lo sujeta a la pauta de libre acceso a la información.

Las empresas que presten servicios públicos en la Ciudad o las entidades sin fines de lucro que perciban subsidios del erario comunal, se encuentran –aun cuando la norma no las contemple explícitamente– compelidas a suministrar la información que se les solicitase. En el mismo sentido, el Superior Tribunal local²⁹ ha resuelto que constituye un “argumento inadmisibles” sostener que un ente que no se encuentra comprendido entre los sujetos obligados por la Ley N° 104 está exento del deber de proporcionar información, por cuanto la garantía de acceso a la información prevista en el segundo inciso del artículo 12 de la Constitución de la Ciudad no se agota en los límites de dicha norma reglamentaria.

A su vez, se prevé en el artículo 6 de la reglamentación que “no puede exigirse la manifestación del propósito de la requisitoria”. Esto significa que no es necesario acreditar interés alguno para ejercer el derecho de acceso a la información estatal como bien público.

Por su parte, el artículo 2 es categórico al prescribir:

Debe proveerse la información contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato y que haya sido creada u obtenida por el órgano requerido o que se encuentre en su posesión y bajo su control. Se considera como información a los efectos de esta ley, cualquier tipo de documentación que sirva de base a un acto administrativo, así como las actas de reuniones oficiales. El órgano requerido no tiene obligación de crear o producir información con la que no cuente al momento de efectuarse el pedido.

Una interpretación restrictiva de la cláusula legal permitiría concluir que numerosos datos, estadísticas, registros, etc., en poder esta-

28. 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.

29. *Ibidem*.

tal, 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 mencionada legislación.

Sin embargo, cabe destacar el voto de la Jueza Ana María Conde del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, en autos “Ministerio Público - Defensoría General de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Defensoría CAyT N° 4 (oficio 623/13 y 697/13) c/GCBA y otros s/amparo’”, en el que enfatizó:

En efecto, cuando la norma establece que se “considera como información a los efectos de esta ley, cualquier tipo de documentación que sirva de base a un acto administrativo”, no se refiere sólo a los actos administrativos en sentido estricto (en cuyo procedimiento previo participa el interesado), sino a los actos administrativos en sentido amplio: actos de alcance particular y general, reglamentos, resoluciones, contratos administrativos. Si se considerara que los actos administrativos a los que se refiere el artículo 2 de la Ley N° 104 incluyen solamente los actos de alcance particular que surten efectos sobre terceros, dejaríamos fuera del acceso a la información pública a una gran porción de la actividad estatal, y perdería efectividad la finalidad perseguida por la Ley N° 104, desdibujando el principio de publicidad de los actos de gobierno.³⁰

Asimismo, debe tenerse en consideración la clara manda constitucional prevista en el inciso 1 del artículo 105 de la CCABA, “Obligaciones del Jefe de Gobierno”, 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 Constitución es pasible de reglamentación legal, pero siempre observándose el principio que rige en la materia. Esto significa 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

30. TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Expte. n° 11396/14 “Ministerio Público - ‘Defensoría General de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Defensoría CAyT N° 4 (oficio 623/13 y 697/13) c/GCBA y otros s/amparo’”, sentencia del 14/06/2015.

condiciones expresadas la limitación de suministrar sólo aquella información “que sirva de base a un acto administrativo”.

En esta dirección se orienta la sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario en autos “Campos Ríos”,³¹ en la que ha afirmado categóricamente: “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 principio, las restricciones al acceso de la información dentro de cada zona de reserva de cada uno de los poderes, deberán ser aquellas indispensables para permitir el correcto desempeño de sus funciones y el amparo de otros derechos de igual rango. No obstante, y a fin de prever “reservas” discrecionales, la ley taxativamente enuncia en el artículo 3 las excepciones. Por ello, no se suministrará aquella información:

- a. Que afecte la intimidad de las personas, ni bases de datos de domicilios o teléfonos.
- b. De terceros que la administración hubiera obtenido en carácter confidencial y la protegida por el secreto bancario.
- c. Cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial, o de cualquier tipo que resulte protegida por el secreto profesional.
- d. Contenida en notas internas con recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso previo a la toma de una decisión de Autoridad Pública que no formen parte de los expedientes.
- e. Sobre materias exceptuadas por leyes específicas.

La denegatoria de la información debe ser fundada en una de las causales que taxativamente menciona la ley en el artículo 3; de no ser así, queda habilitada la acción de amparo ante el fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad.

En el ámbito judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hay numerosos precedentes –además de los mencionados con anterioridad– que contribuyeron a lograr muy buenos estándares de protección del derecho de acceso a la información. En tal sentido, en el caso “Moreno c/GCBA”³² el Tribunal Superior afirmó que la información debe brindarse en forma completa y actualizada; en caso contrario, se

31. 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.

32. 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 12/08/2004.

considerará que no se cumplió con el deber de informar que pesa sobre el organismo requerido.

Robusteciendo esa línea argumental, en autos “Pérez Esquivel”³³ se recordó que frente a la denegatoria administrativa basada en la inexistencia de información, corresponde realizar un análisis juicioso 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. 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. Con base en los argumentos esgrimidos, entendió que debía emplearse un criterio estricto y restrictivo al momento de analizar la eventual aceptación del temperamento seguido por la autoridad pública.

En esta temática, corresponde mencionar la importancia de la Ley N° 572³⁴ que, siguiendo los principios específicos que emanan del mencionado artículo 132 de la Constitución local, obliga a publicar en Internet las distintas categorías de funcionarios para no dejar ningún margen de duda respecto de la universalidad de sus disposiciones.

Por otra parte, los diferentes organismos de la CABA 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, la ley contempla el mecanismo de audiencias públicas 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

33. Juzgado CAyT N° 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Pérez Esquivel Andrés c/GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 09/06/14. Ver Basterra, Marcela I., “El derecho de acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A propósito del caso ‘Pérez Esquivel’”, en *VV. AA., 15 años, 15 fallos. A 15 años de la creación del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2015, p. 309.

34. Ley de Presupuesto, publicada en el BOCBA del 09/05/2001.

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.

De esta forma, se consagra la necesidad de participación de los interesados, pero además –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* el parecer ciudadano antes de que el decisorio resuelva una cuestión que, en la mayoría de los casos, contiene un interés superior para la sociedad.³⁵

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 de ser *oídos*, materializado en el derecho de petionar 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, atenta contra la celeridad de las decisiones, puesto que no todos los temas 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.

Complementariamente, en el ámbito de la Ciudad 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 N° 1646/2000,³⁶ que informatizó y clasificó la normativa y actos de gobierno de todas las dependencias del Gobierno de la Ciudad y la ex Municipalidad de la Ciudad en una base de consulta pública.

El desafío institucional porteño, con su exigente normativa, está dado por no cristalizar una brecha entre el ser y el deber ser. El camino hacia la construcción de la democracia participativa que auspicia la

35. Barraza, Javier Indalecio, “La Audiencia Pública y algunos principios que surgen de un pronunciamiento judicial”, LL, 2001-F, p. 99/103.

36. Decreto N° 1646-GCBA-00, publicado en el BOCBA del 19/11/1998.

Constitución requiere ineludiblemente como condición necesaria, aunque no suficiente, de un aceitado sistema de acceso a la información.³⁷

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 incline hacia la vigencia sociológica de un control social intenso y obligatorio de la gestión pública.

En síntesis, la libertad de expresión, el control social de la gestión pública y el debate público como pilares mínimos esenciales de la democracia sólo pueden hacerse posibles en un sistema que propicie un acceso casi irrestricto a la información pública.³⁸

37. Scheibler, Guillermo M., “Luces y sombras del acceso a la información en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, LL 2006-A, p. 4.

38. Pusterla, José C., “El acceso a la información pública en un reciente fallo de la Corte Suprema”, LL 2013-D, p. 3.

Artículo 12. Inciso 3

El derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana.

DERECHO A LA INTIMIDAD, PRIVACIDAD Y CONFIDENCIALIDAD EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Por Marcela I. Basterra

El Estado constitucional de Derecho se legitima en la medida en que permite el desarrollo individual, la libre autodeterminación del individuo y asegura al ciudadano ser realmente libre. El eje sobre el que se articulan las configuraciones políticas es en esencia la persona humana. La totalidad de los derechos de la personalidad requiere de un mayor acercamiento, un análisis amplio y, en todo caso, una aproximación jurídica. Pero no con base en la idea que da importancia a los dere-

chos por el número de veces que son violados, o a los que se tiene una mayor conciencia, y sí de aquella que tiene su fundamento en lo más innato de la persona, en lo más radical de la estructura social. Uno de estos derechos es, sin duda, el derecho a la intimidad.¹

En este sentido, el convencional Vivo sostuvo:

... mediante la consagración de este derecho personalísimo pretendemos afirmar la protección de la libertad individual. Estamos tratando de rodear de mayor seguridad a un ámbito de autonomía de las personas, sustrayéndolo de la publicidad y de la exposición pública. Se trata de un ámbito que se configura con los sentimientos más íntimos (...) que se integra con las relaciones familiares, las costumbres, los hábitos, las orientaciones, la situación económica, las creencias religiosas; en definitiva, con aspectos cuyo conocimiento o divulgación por terceros puede significar un grave peligro para las personas o para el ejercicio de sus derechos.²

Por su parte, la convencional Pierini destacó que encuentran tutela en esta cláusula tres derechos diferenciados:

La diferencia entre privacidad e intimidad es sutil. El artículo 19 de la Constitución Nacional protege ambos derechos. E incluso en este texto propuesto se agrega el derecho a la confidencialidad. En cualquiera de los casos se trata de proteger a la persona de la intrusión de otras en una determinada esfera de reserva personal.³

Tal como se anticipó, en el ámbito nacional la Carta Fundamental tutela el derecho a la intimidad con un alcance amplio en el artículo 19. Este fue definido como la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, espacio privativo o reducto inderogable de libertad individual, que no puede ser invadido por terceros –ya sea que se trate de particulares o del propio Estado– mediante intromisiones que pueden asumir diversos signos. Este derecho requiere el

1. Rebollo Delgado, Lucrecio, *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000, p. 22.

2. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires de 1996*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbairens, 2016, T. 2, p. 548.

3. *Ibidem*, p. 607.

respeto a las condiciones mínimas indispensables para que el hombre logre desarrollar sus aptitudes potenciales.⁴

El artículo 18, en consonancia, reasegura “la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y los papeles privados”, en tanto forman parte de la esfera intangible de la vida privada que da mayor sentido a la libertad personal.⁵ El precepto constituye una de las máximas garantías de la libertad individual frente al abuso del poder imponiendo límites concretos a la potestad punitiva del Estado.

De esta manera se salvaguarda el derecho a la intimidad personal, dado que el bien jurídico protegido es la expectativa de privacidad de los individuos. Como se advierte, la tutela que examinamos reposa en la privacidad de las personas y se extiende, en puridad, tanto al domicilio como a aquellos casos en los que cualquier interferencia pudiera afectarla, si se realiza sin el consentimiento de quien sufre la intromisión.⁶

A su vez, debe destacarse el rol preponderante que en la actualidad tiene la garantía de hábeas data, que específicamente fue incorporada para resguardar la intimidad de las personas frente a las nuevas tecnologías. Esta acción fue constitucionalizada en 1994 en el tercer párrafo del artículo 43 y en la Constitución de la Ciudad en 1996, en el artículo 16.

Según el precepto constitucional, lo que caracteriza al dato personal es la posibilidad de identificar con alguna precisión a la persona, física o jurídica, a quien la información pertenece. Resulta un tanto engorroso abordar el tema de los derechos tutelados por el hábeas data si se tiene en cuenta que la doctrina está dividida. Sin embargo, a grandes rasgos, la tesis mayoritaria entiende que el bien jurídico tutelado es, en principio, el derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa, sin perjuicio de la existencia de otros derechos conexos.⁷

Sentado lo expuesto, es relevante mencionar que del análisis de la protección de la intimidad garantizada en la Constitución Nacional sur-

4. Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 2005, T. II, p. 375.

5. González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Editorial Estrada, 1983, p. 205.

6. Ferro, Alejandro H., “Registro domiciliario sin orden judicial. Un fallo que fija límites”, LL 03/03/2010, p. 10.

7. Basterra, Marcela I., *Protección de datos personales. Ley 25.326 y Dto. 1558/01 comentados. Derecho Constitucional Provincial, Iberoamérica y México*, Buenos Aires y Ciudad de México, Editorial Ediar y Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 38.

gen cuatro esferas de protección. Estas son: 1) el principio de autonomía personal; 2) el derecho a la intimidad; 3) el derecho a la privacidad; y 4) el derecho a la autodeterminación informática. No obstante, sólo examinaré las tres primeras por ser las que justamente se encuentran amparadas en el inciso 3 del artículo 12 de la Constitución de la Ciudad.

Lo que justifica un examen diferenciado tanto cuantitativo como cualitativo de dos de las dimensiones indicadas, es que en estas –intimidad y privacidad– el principal intromisor generalmente es la prensa. En cambio, en la primera esfera del derecho a la intimidad que denominamos principio de autonomía personal, la intromisión normalmente proviene de parte del Estado. Por último, en la esfera correspondiente a la autodeterminación informativa, quienes pueden violentar el derecho a la intimidad informática son los bancos o registros de datos, sean estos de carácter público o privado, cuando recopilan información no autorizada por ley.

El *principio de autonomía* de la persona humana es uno de los ejes del sistema de derechos individuales y por lo tanto, del Estado constitucional de Derecho, que tiene como fin esencial al ser humano, a diferencia de los Estados totalitarios, cuyos fines son “transpersonalistas”, o sea que van más allá del individuo ya que el fin es el Estado en sí mismo.

El artículo 19 de la Constitución Nacional establece, en la primera parte, que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. Este principio que se ha denominado también de reserva o de autorreferencia, es el punto de partida de la protección del derecho a la intimidad y a la privacidad.

Ha sido abordado por muy pocos de nuestros juristas, tal es así que los primeros trabajos exhaustivos que analizan el tema datan de mediados de la década del sesenta.⁸ Es recién ahí cuando comienza la preocupación por delimitar qué son las “acciones privadas”, qué debe entenderse por “orden y moral pública”, y cómo ha de interpretarse que dichas acciones “no perjudican a terceros” en los términos de la norma constitucional. Conceptos que, por otra parte, han sido reformulados

8. Puede verse Sampay, Arturo, *Las acciones privadas de los hombres*, Buenos Aires, Editorial Omega, 1965. También: Valiente Noailles, Carlos, *La moral pública y las garantías constitucionales*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1966.

recientemente por autorizada doctrina,⁹ por lo que no me detendré en su análisis, dado que además excede los objetivos de este trabajo.¹⁰

El principio de autonomía implica que cada persona mayor de edad –excluye a menores–, con consentimiento, que posea discernimiento, intención y libertad –no se aplica a incapaces que no pueden comprender sus actos–, puede escoger el que considere como el mejor plan de vida para sí misma, aunque este implique un daño personal. Sólo el daño a terceros opera como límite a la elección del propio plan elegido.

El artículo 19 es un principio cardinal del sistema de derechos emplazado en la Constitución y, como explicaba Nino,¹¹ tiene un carácter tan básico, que la mayoría de los derechos reconocidos en el artículo 14 son instrumentales en relación con este precepto. Estos derechos no serían significativos si no estuvieran en función de la libertad de cada individuo de elegir su propio plan de vida y de juzgar por sí mismo la validez de los diferentes modelos de excelencia humana.

El principio de autonomía de la persona fue definido por John Stuart Mill en su célebre ensayo titulado “On Liberty”, donde el autor enfatiza:

El único fin por el cual la humanidad tiene permitido, individual o colectivamente, interferir en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros, es la autoprotección. El único propósito por el cual el poder puede ser concretamente ejercido sobre cualquier miembro de una sociedad civilizada, en contra de su voluntad, es prevenir el daño a otros. Su propio bien, sea físico o moral, no es justificación suficiente.¹²

En el otro extremo, la versión “perfeccionista” sostiene que es misión del Estado hacer que los individuos adopten y lleven a cabo ciertos ideales de excelencia homologados. En consecuencia, el Estado interviene en gran cantidad de aspectos de la intimidad de la persona humana.

9. Legarre, Santiago, *Poder de policía y moralidad pública. Fundamentos y aplicaciones*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2004.

10. Puede verse Basterra, Marcela I., “El principio de autonomía de la persona en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, N° 1, primavera-verano de 1999, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 57.

11. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 312-313.

12. Mill, John Stuart, “On Liberty”, *Three Essays*, Oxford University Press, 1975, p. 15.

Para el Estado perfeccionista hay “buenos” y “malos” planes de vida, por eso el Estado elige los que considera buenos, y desalienta a los que entiende como malos. Son “buenos” planes de vida aquellos que el mismo Estado dice que lo son. Un ejemplo muy claro para concebir esta visión es lo que ocurre en algunos regímenes de Medio Oriente, tal es el caso de Irán, donde las mujeres tienen prohibido estudiar. Así como en Egipto, por ejemplo, recién han logrado la abolición de la ley que otorgaba impunidad total a los violadores, en caso de casarse con sus víctimas.

Esta situación en esos países se explica porque en general, en la pirámide de supremacía constitucional, consideran a la ley islámica por encima de la Constitución. Así, el artículo 2 de la Constitución de Egipto de 1971 establece como fuente principal de legislación a la ley islámica. La Constitución de la República Democrática de Yemen, en el artículo 31, salvaguarda el legado árabe e islámico. El artículo 2 de la ley de “Proclamación del Poder del Pueblo de Libia” de 1977, prevé que el “Sagrado Corán es la Constitución Yamahirita Libia”.¹³

De esta forma, el Estado elige cuáles son los mejores planes de vida para sus habitantes y ellos deben seguirlos bajo pena de recibir severísimas sanciones. El margen de autonomía individual queda, por cierto, reducido a la nada.

En la doctrina nacional ha sido precursor de esta postura Valiente Noailles,¹⁴ en quien se advierte una visión muy extendida del concepto de moral pública. En efecto, de su análisis surge que lo privado sólo se refiere a la intangibilidad de la conciencia y el fuero íntimo, de manera que podríamos inferir que a su criterio, lo único estrictamente privado es el pensamiento. Cuando este se exterioriza en acciones, siempre justifica la intervención estatal, ya que se entiende como un deber implícito del Estado el de defender la moral pública.

Valiente Noailles afirma que la moral pública a la que se refiere la Constitución en la norma en estudio comprende: 1) la necesidad de un código moral elevado y útil a la convivencia para el progreso espiritual; y 2) la adecuación de las conductas individuales a este código, decencia de las costumbres, vigencia de las virtudes. Concluye que a tales efectos, bien podrían utilizarse los principios del credo católico.

13. Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 30.

14. Valiente Noailles, Carlos, *op. cit.*, pp. 30-36.

El “paternalismo” es entendido por este autor como las medidas que toma el Estado, pero no pensando en modelos de vida a imponer o ideales de excelencia humana, sino basado por ejemplo en la preservación de la salud física y mental del individuo, desalentando decisiones de ellos mismos que pudieran poner en peligro a las personas.

Según esta posición, se puede adoptar cualquier plan de vida, siempre que no conduzca al individuo a causarse un daño a sí mismo ni a terceros.¹⁵ Como enseña Farrell¹⁶ con razón: “El paternalismo sugiere que debemos tratar a los adultos como si fueran niños, y esta no es –ciertamente– la mejor forma de entenderse con ellos”.

Resulta sumamente interesante la cuestión a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en ocasión de analizar este principio en diversas oportunidades, a partir de 1978 con el caso “Colavini”;¹⁷ “Ponzetti de Balbín”¹⁸ de 1984; “Bazterrica”,¹⁹ “Capalbo”²⁰ y “Sejean”,²¹ todos de 1986; “Portillo”²² de 1989; “Montalvo”²³ de 1990; “Comunidad Homosexual Argentina”²⁴ de 1991; “Bahamondez”²⁵ de 1993; “T, S”²⁶ de 2001; “Portal de Belén”²⁷ de 2002; “Vázquez Ferrá”²⁸

15. Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Editorial Ariel, 1984, pp. 133-157.

16. Farrell, Diego Martín, *El Derecho liberal*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1998, p. 138.

17. CSJN, Fallos: 300:254, “Colavini, Ariel Omar”, sentencia del 28/03/1978.

18. CSJN, Fallos: 306:1892, “Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida, S. A.”, sentencia del 11/12/1984.

19. CSJN, Fallos: 308:1392, “Bazterrica, Gustavo Mario”, sentencia del 29/08/1986.

20. CSJN, Fallos: 308:1392, “Capalbo, Alejandro C.”, sentencia del 29/08/1986.

21. CSJN, Fallos: 308:2268, “Sejean, J. B. c/Zaks de Sejean, A. M.”, sentencia del 27/11/1986.

22. CSJN, Fallos: 312:496, “Portillo, Alfredo”, sentencia del 18/04/1989.

23. CSJN, Fallos: 313:1333, “Montalvo, Ernesto A.”, sentencia del 11/12/1990.

24. CSJN, Fallos: 314:1517, “Vago, Jorge A. c/Ediciones La Urraca S. A. y otros”, sentencia del 19/11/1991.

25. CSJN, Fallos: 316:479, “Bahamondez, Marcelo”, sentencia del 06/04/1993.

26. CSJN, Fallos: 324:5, “T., S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, sentencia del 11/01/2001.

27. CSJN, Fallos: 325:292, “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/M.S. y A.S.”, sentencia del 05/03/2002.

28. CSJN, Fallos: 326:3758, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/incidente de apelación”, sentencia del 30/09/2003.

de 2003; “Arriola”²⁹ de 2009 y “Albarracini”³⁰ de 2012, ha creado una rica pero no por ello menos contradictoria jurisprudencia. Advirtiéndose en el seno mismo del alto tribunal cierta “tirantez” en relación a posturas diferentes, en distintas etapas de la vida política argentina y aun entre los distintos ministros en la misma época.³¹

En relación con la segunda y tercera esfera de protección, es del caso mencionar que mientras el derecho a la privacidad o intimidad aparece como un reclamo de no exposición al público y a la sociedad; el principio de autonomía importa un reclamo al respeto más absoluto por las conductas “autorreferentes”, o sea, a la no intervención estatal en los planes de vida que cada uno elige, reconociendo como único límite el de no dañar a otros.³²

Cabe señalar que pocos autores han establecido una diferencia clara entre los conceptos de intimidad y privacidad. Tal es el caso de Nino,³³ que considera que la privacidad no es equivalente a la intimidad. Entiende que privacidad es todo aquello relacionado con las acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros. Son privadas en el sentido de que, si violentan exigencias morales, sólo lo

29. CSJN, Fallos: 332:1963, “Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080”, sentencia del 25/08/2009.

30. CSJN, Fallos: 335:799, “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/Medidas precautorias”, sentencia del 01/06/2012.

31. Puede verse Basterra, Marcela I., “Autorización de inducción al parto. Una reafirmación del principio de autonomía personal”, LL 2001-E, 264; y en Dalla Via, Alberto R. (dir.), *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Constitucional*, Editorial La Ley, 2002, p. 600. También, de la misma autora, “Prohibición de la píldora del día después”, *Revista de Derecho de Familia*, N° 21, RDF 2002-21-198; ídem, “Entre el derecho a la intimidad y los deberes del Estado. Principio de autonomía personal versus derecho a la verdad objetiva”, 2009-IV-SJA, 02/12/2009, p. 29; ídem, “La extracción compulsiva de sangre y la tutela constitucional del derecho a la intimidad. Conflicto entre derechos fundamentales”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, año 3, N° 4, mayo de 2011, p. 195; e ídem “El principio de autonomía personal y el consumo de estupefacientes. La interpretación de la Corte Suprema en el caso ‘Arriola’”, en Dalla Via, Alberto R. (dir.), *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2015, pp. 697-752.

32. Basterra, Marcela I., *El derecho a la información vs. derecho a la intimidad*, Sante Fe, Rubinzal-Culzoni editores, 2012, pp. 154-162.

33. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho...*, op. cit., p. 304 (privacidad) y p. 317 (intimidad). Véase también García-García, Clemente, *El derecho a la intimidad y a la dignidad en la doctrina del Tribunal constitucional*, Universidad de Murcia, Colección Estudios de Derecho, 2003, p. 184.

hacen con las que derivan de una moral privada, personal o autorreferente, y tales exigencias no se refieren, como las derivadas de la moral pública o intersubjetiva, a las obligaciones que tenemos en relación con otras personas. En contrario, alude al desarrollo o autodegradación del propio carácter moral del agente, reconociendo como único límite el daño que pueda provocarse a terceros. Para el autor son las “acciones privadas”, la que se encuentran salvaguardadas por la normativa del artículo 19 constitucional.

En cambio, Parent concibe por “intimidad” a una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás. Es aquel derecho a que los otros no tengan información documentada sobre hechos respecto de un sujeto que este no quiera que sean ampliamente conocidos. La intimidad de un individuo, o sea la exclusión potencial, de acuerdo a su voluntad del conocimiento y la intromisión de los demás, se refiere al menos a los siguientes aspectos; rasgos del cuerpo, imagen, pensamientos y emociones, circunstancias vividas y hechos pasados concretos propios o de su vida familiar, escritos, pinturas, grabaciones, conversaciones, etc.

En forma genérica la doctrina los usa como sinónimos, o por lo menos de manera indistinta, en la mayoría de los casos.³⁴ Bianchi³⁵ considera que esta distinción es más aparente que real ya que no encuentran ninguna diferencia desde el punto de vista lingüístico ni jurídico, entre lo íntimo y lo privado. Agrega además con certeza que, en el afán de tratar de encontrar una diferencia, podría decirse que lo íntimo es más privado aún que lo privado.

La propia Corte utiliza los términos en forma indistinta y aun un tanto confusa con el principio de autonomía. En el precedente “Ponzetti de Balbín”,³⁶ afirma que la norma del artículo 19 de la Constitución Nacional:

... protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental

34. Fayos Gardó, Antonio, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 19-21.

35. Bianchi, Alberto B., “Hábeas data y derecho a la privacidad”, ED, 161-866, p. 2.

36. CSJN, Fallos: 306:1892, “Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida, S. A.”, sentencia del 11/12/1984.

y física y, en suma las acciones, hechos o datos que teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo. En rigor el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar o de amistad sino a otros aspectos de la personalidad física o espiritual de las personas tales como la integridad corporal o la imagen...

En realidad, el verdadero motivo de esta confusión o sinonimidad entre intimidad y privacidad se da en principio porque son las propias normas las que no establecen claramente esa distinción. Se puede visualizar que desde la normativa de la Constitución Nacional y Tratados concordantes, se usan ambos términos como sinónimos o siempre asociados. Dichas normas en general se refieren sólo a la *privacidad*, lo que no significa que no esté protegida en esa Carta Constitucional la *intimidad* y viceversa. Otras veces directamente se menciona el “derecho a la intimidad y a la vida privada” sin hacer distinciones entre uno y otro concepto. Por otra parte, es para señalar con atención que en ninguna Constitución hay una norma que proteja a la privacidad y otra que proteja a la intimidad. De ello surge que en ningún caso los constituyentes se detuvieron a analizar si eran dos derechos diferentes ya que, si bien en ocasiones se menciona a los dos derechos por separado, siempre están identificados y en una cláusula única.

Sin embargo, y tal como lo resalté *ut supra* con cita en los debates de la Convención de la Ciudad, la Constitución porteña categóricamente hace referencia a dos derechos separados.

En consecuencia se está en grado de afirmar que existe entre ambos conceptos una relación de género –privacidad– a especie –intimidad–. Vale decir que lo íntimo es más íntimo que lo privado y, si bien se pueden utilizar como sinónimos en muchos casos, son conceptos diferentes.

Siguiendo la línea argumental de que la privacidad es el género y la intimidad la especie, al definir la privacidad incide de manera fundamental el lugar o ámbito donde se realizan los actos privados y el grado de expectativa de privacidad que una persona puede esperar en determinadas circunstancias. Todo individuo tiene la misma protección en relación con el derecho a la intimidad. En la intimidad personal, nadie por ningún motivo o circunstancia puede tener acce-

so sin autorización del titular del derecho. Sin embargo, no todos los sujetos tienen la misma protección respecto de su privacidad, dado que un funcionario o personaje público tendrá una expectativa menor de privacidad que alguien anónimo o desconocido.

Esto significa que la privacidad puede tener límites en razón de las personas o del lugar. Es razonable que una persona famosa tenga una expectativa menor de privacidad que alguien que es anónimo. Asimismo, es lógico que un individuo desconocido tenga más reducido el ámbito de privacidad en un lugar público –playa pública, plazas, autopistas, calles, etc.– que en su propia casa. Expectativa que se verá severamente disminuida cuando se cumpla con la doble condición de personaje público y lugar público.

Lo que no parece proporcional es sostener que los personajes famosos o funcionarios públicos tengan el derecho a la intimidad cercenado o alterado respecto de alguien desconocido o anónimo; sólo tendrán limitada su expectativa de privacidad. En efecto, el concepto de vida privada es de mayor amplitud que el de intimidad, ya que comprende todos los elementos que no queremos exponer al conocimiento de los demás, toda vez que forma parte de nuestras vidas y pretendemos mantenerlos en un ámbito de reserva. Ahora bien, dentro de esas acciones privadas existe un ámbito de mayor resguardo que solemos proteger como una parte esencial de nuestra configuración subjetiva, y es aquello que se denomina “intimidad”, por lo tanto requiere un alto nivel de tutela.

La privacidad o vida privada es todo lo que genéricamente está reservado, por ejemplo el estado civil de una persona o si tiene o no hijos. La intimidad es aquello absolutamente vedado al conocimiento de los demás: las relaciones sexuales dentro de ese matrimonio, si el individuo en cuestión no se casó o no tuvo hijos porque es homosexual y eligió no tenerlos, porque tiene un impedimento físico, o simplemente no quiso ser madre o padre.

Quedan a salvo en ambos supuestos las situaciones en que el mismo sujeto decida hacer públicos cualquiera de los aspectos pertenecientes tanto a su intimidad como a la propia privacidad, al margen del ámbito de protección que ambos merezcan en su calidad de derechos fundamentales. En ambos casos existe la conciencia exterior de no injerencia y de ello parte el amparo legal para ambos. La diferen-

cia está dada únicamente por el grado de protección. La intimidad es la lejanía, la vida privada es lo más próximo, desde la perspectiva de los demás.³⁷

Se ha definido entonces el derecho a la privacidad o a la vida privada como una prerrogativa de mayor amplitud que el derecho a la intimidad, pudiendo estar restringida la expectativa de privacidad tanto en razón del lugar –en lo que juegan un rol fundamental las nuevas tecnologías–, como en razón de las personas –si son públicas o famosas, o simples desconocidos–.

En relación con los orígenes de la protección a la privacidad, debemos remontarnos al derecho angloamericano.³⁸ Básicamente, el gran aporte de la doctrina americana en tal sentido fue otorgarle entidad propia al derecho a la privacidad haciendo referencia a la importancia de proteger al individuo frente a cualquier intromisión injustificada del poder público en su ámbito privado. La evolución social del papel del hombre en un contexto de sociedad liberal necesitaba la garantía de los derechos de la personalidad, lo cual requería la introducción de nuevas figuras que el ordenamiento jurídico debía asumir.

En la actualidad se advierte una clara preocupación por la tendencia a la invasión de la privacidad, dado que su protección legal durante los últimos cien años es considerada débil, a tal punto que en un trabajo de Rodney Smolla³⁹ se lee algo así como: “si esperas protección legal para tu privacidad, deberías permanecer en tu casa con las persianas cerradas”. Smolla explica que la mencionada debilidad se debe justamente a la tirantez que siempre hubo entre el derecho a la privacidad y la primera enmienda –protectora de la libertad de prensa–.

El problema con esta formulación es que permite que el concepto de privacidad se vea disminuido a medida que las nuevas tecnologías reducen todo aquello que un individuo puede razonablemente esperar que sea privado, y que las actitudes sociales acepten cada vez más el uso intrusivo de la tecnología.

37. Puede ampliarse en Rebollo Delgado, Lucrecio, *op. cit.*, pp. 47-52.

38. Bianchi, Alberto, *op. cit.*, p. 5.

39. Smolla, Rodney, *Free Speech in an Open Society*, New York, USA, Knof, 1992, p. 7: “Lesson of modern privacy law in the tort arena is that if you expect legal protection for your privacy, you should stay inside your house with the blinds closed”.

El foco central del problema está en delimitar qué cosas pertenecen al ámbito exclusivo de la intimidad –que sin consentimiento no pueden darse a conocer– y cuáles deben informarse por la ponderación que necesariamente tiene que hacerse del interés público o general.

Finalmente, en relación con el derecho a la confidencialidad expresamente consagrado en el inciso que analizamos, se ha señalado:

El derecho a la privacidad se convierte así en un límite y en la otra cara de la moneda del derecho de libre expresión. Por eso también se menciona en el mismo artículo a la “confidencialidad”, que refuerza este concepto y lo vincula más firmemente a la difusión de papeles privados, documentos, cartas o similares; afianzando una de las libertades políticas más valiosas como es la protección de la documentación personal.⁴⁰

Asimismo, se ha destacado que el derecho a la confidencialidad “incluye la protección del secreto profesional, comprendiendo el derecho al secreto como ejercicio activo del mismo”.⁴¹

Sentado lo expuesto, individualizaré algunos fallos que entiendo son conducentes para determinar con mayor precisión el contenido de los derechos en análisis.

En primer término, es relevante mencionar la decisión del TSJ CABA en un emblemático caso donde estaba en juego el principio de autonomía personal. Concretamente, nos referimos a la sentencia “T., S. s/amparo”,⁴² donde la actora interpuso acción de amparo contra el Hospital Materno Infantil Ramón Sardá por violación al derecho a la salud y a la integridad física en grave perjuicio al derecho a la vida, materializado en la negativa del Hospital a la realización de una inducción al parto. La motivación de tal pedido se fundamenta en que como consecuencia de la realización de una ecografía, un médico del hospital le comunicó a la actora que el feto no presentaba desarrollo de masa encefálica ni calota craneana (anancefalia). Al enterarse del resultado, solicitó a los profesionales del nosocomio la realización de

40. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires de 1996*, op. cit., T. 2, p. 604.

41. *Ibíd.*, p. 607.

42. TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expte. N° 715/00, “T., S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)”, sentencia del 26/12/2000.

una inducción de parto, pero la respuesta fue negativa alegando que previamente era imprescindible contar con una orden judicial.⁴³

El Tribunal hace lugar a la acción. En este sentido, considero relevante destacar el voto de la Dra. Conde, que explicó:

Tres son los principios bioéticos que deben evaluarse para la ponderación de la solución más atinada para el caso: Autonomía (consentimiento del paciente), Beneficencia-no maleficencia y Justicia. El principio de autonomía o permiso se refiere al derecho de las personas a ejercer su libertad de acción y de elección, se basa en el respeto a la persona humana como fin en sí mismo y sujeto moral por su autodeterminación (Mainetti, “El amparo de la bioética cuando ser madre resulta un drama...”, JA 1998-IV-307). Desde el punto de vista del consentimiento, se ha verificado que la señora T. ha requerido el adelanto del parto desde que tomara conocimiento de la patología fatal e irreversible de la criatura, petición compartida por su esposo y lo reafirmó en la audiencia celebrada ante los jueces de la Cámara. Su deseo es consciente y manifiesto y nada en la transcripción de la audiencia ni en la evaluación psicológica hace pensar que S. T. se encuentre con su juicio alterado, siquiera por el dolor del trance que está pasando.

Y agregó:

También ha de tenerse presente que el derecho promueve valores más que intereses y, en el caso bajo examen, respetando la autonomía de la paciente (avalada por los informes médicos y psicológicos incorporados a la causa) es como mejor se protegen los valores humanos fundamentales que el derecho reconoce y a los cuales otorga protección jurisdiccional y que entre estos valores cabe en particular invocar la dignidad inherente a toda persona humana, la vida y su corolario, la salud (de la recurrente y de su grupo familiar), y por último el principio supremo de justicia que requiere que cada individuo goce del respeto y promoción de un ámbito de libertad que le permita “personalizarse” en orden a la realización del valor “humanidad”, teniendo en cuenta que tal decisión no afecta derechos legítimos de terceros (Goldschmidt, Werner, *La Ciencia de la Justicia (Dikelogía)*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 189 y ss.; Ciuro Caldani, Miguel “Notas sobre los valores jurídicos”, *Filosofía, literatura y derecho*, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, 1985).

43. Amplíese de Basterra, Marcela I., “Autorización de inducción al parto. Una reafirmación del principio de autonomía personal”, *op. cit.*

Otra decisión que reviste trascendencia en la temática que nos ocupa es el fallo “Freyre”,⁴⁴ anterior a la Ley de Matrimonio Igualitario,⁴⁵ donde se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil en ese entonces vigentes, en tanto impedía que dos personas del mismo sexo contrajeran matrimonio.

Para así decidir, sostuvo:

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 sólo 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 adaptar 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.

A lo que añadió:

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.

Por último, en autos “Gil Domínguez Andrés Favio c/Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del GBA”,⁴⁶ el juzgado CAyT N° 18 le ordenó a la Dirección General de Defensa y Protección

44. Juzgado CAyT N° 15 de la Ciudad de Buenos Aires, EXP 34292/O, “Freyre Alejandro c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 10/11/2009.

45. Ley N° 26618, publicada en el BO del 22/07/2010.

46. Juzgado CAyT N° 18 de la Ciudad de Buenos Aires, “Gil Domínguez Andrés Favio c/Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del GBA s/amparo”, sentencia del 10/10/2014.

del Consumidor del Gobierno porteño que exigiera a los buscadores de Internet domiciliados en la Ciudad de Buenos Aires la implementación de un Protocolo interno de protección del derecho a la intimidad de los usuarios.

Si bien con posterioridad dicha resolución fue revocada por la Alzada,⁴⁷ lo cierto es que en sus considerandos se hace una fuerte defensa del derecho a la intimidad. En este sentido, subrayó que

El carácter axial del derecho a la intimidad en el sistema constitucional argentino ya fue resaltado por la doctrina en forma contundente. Joaquín V. González enseñaba hace más de un siglo al analizar el artículo 19 constitucional: “Claramente, comprende los dos principales caracteres de la libertad, el que se refiere a la vida privada, a la esfera de la independencia personal, donde no llega el poder de la ley, y la que toma al hombre como miembro de la comunidad, obrando activamente dentro del radio donde la ley alcanza”. En el primer caso sólo obedece a los mandatos de su voluntad o de su conciencia (...). Esta plataforma axiológica es la que se tuvo en cuenta en la Convención Constituyente porteña en 1996. Tal como surge de sus actas, (...) el convencional Rafael Moscona, señaló: “El presente proyecto se funda en la debida protección de que debe gozar el derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad de las personas. Para ello es menester crear normas que son necesarias para su eficaz resguardo y que contemplan las distintas formas en que tal derecho puede ser vulnerado” (Cfr. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 1ª edición, 2004, T. II, p. 252). Esas normas a las que se refiere el convencional constituyente, en una interpretación garantista, no se refieren al ejercicio del derecho, sino al carácter tutelar que los poderes públicos deben imponer en su obrar, en cumplimiento del mandato constitucional de “garantizar”. Por ello, no cabe aquí el alcance de norma en sentido formal, tal como lo impone la OC N° 6 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al analizar el contenido del término “leyes” en la Convención Americana, sino que el alcance se amplía a norma en sentido material, como podría ser un protocolo de protección. La exigencia de garantía así lo impone.

47. CCAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, “Gil Domínguez, Andrés Favio c/Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del GCBA y otros s/amparo”, sentencia del 25/02/2015.

Como puede observarse luego del análisis efectuado, el marco de protección del derecho a la intimidad, a la privacidad y a la confidencialidad en la Ciudad de Buenos Aires es sumamente amplio y apto para hacer frente a las nuevas amenazas que el desarrollo de la tecnología presente sobre estas tres prerrogativas fundamentales.

Artículo 12. Inciso 4

4. El principio de inviolabilidad de la libertad religiosa y de conciencia. A nadie se le puede requerir declaración alguna sobre sus creencias religiosas, su opinión política o cualquier otra información reservada a su ámbito privado o de conciencia.

LA LIBERTAD DE CONCIENCIA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Por Elisabeth I. Berra

Tal como señaló en la Convención Constituyente la convencional Pérez Suárez, los derechos consagrados en el dispositivo constitucional objeto de este comentario remiten “a los artículos 14 y 19 de la Constitución, pero expresan con más precisión que no existe obligación de declarar las creencias religiosas o políticas propias”.¹

En este orden de ideas, es relevante mencionar que el artículo 14 de la Ley Fundamental garantiza, entre otros, el derecho de todos los habitantes a profesar libremente su culto, mientras que el primer párrafo del artículo 19 tutela el principio de autonomía personal.

Como puede observarse, estas dos normas tienen un papel trascendental al momento de interpretar el inciso 4 del artículo 12 de la Constitución porteña, atento a su carácter de fuentes de este artículo.

1. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires de 1996*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbairens, 2016, T. 2, p. 579.

A diferencia de la normativa federal, la Constitución de la Ciudad prevé la libertad religiosa, un concepto más amplio que el de libertad de culto. Además, consagra la libertad de conciencia y garantiza que ningún habitante pueda ser obligado a expresar sus convicciones.

Así, se ha sostenido² que la libertad de religión abarca dos potestades: la libertad de creencia, es decir, una manifestación de la libertad de pensamiento sobre una materia religiosa, y la libertad de cultos, esto es la libre exteriorización de ese pensamiento mediante prácticas y ritos que conforman el culto. En consecuencia, la libertad de creencia en materia religiosa es una especie del género libertad de pensamiento que tiene todo individuo para desarrollar en su fuero interno las ideas políticas, filosóficas y sociales que determinan su personalidad. Y en este sentido es absoluta e insusceptible de reglamentación legal. En cambio, la libertad de cultos, como todas las libertades que la Constitución reconoce, sólo puede ser ejercida lícitamente de conformidad con las leyes que reglamenten su ejercicio, las cuales no podrán superar la “valla” impuesta por los artículos 19 y 28 de la Ley Suprema, léase el *test* de razonabilidad.

Sin embargo, el marco constitucional referido a la religión y el culto no se agota en los artículos mencionados; también se hace mención a este derecho en el Preámbulo, que expresa: “invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia”; en el artículo 2, cuando declara: “El gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”; en el 20, en el cual se dispone que: “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden (...) ejercer libremente su culto”; en el artículo 43, al establecer que el amparo se puede interponer “contra cualquier forma de discriminación”; en el artículo 73, que prescribe: “Los eclesiásticos regulares no pueden ser miembros del Congreso”; en el artículo 75, donde se refiere a que “Corresponde al Congreso: (...) 22. Aprobar o desechar (...) los concordatos con la Santa Sede”; y en el artículo 93, que prevé que: “Al tomar posesión de su cargo el presidente y vicepresidente prestarán juramento, en manos del presidente del Senado y ante el Congreso reunido en asamblea, respetando sus creencias religiosas”.

2. Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2004, T. I, pp. 389-390.

Por otra parte los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, que a partir de la reforma constitucional de 1994 gozan de jerarquía constitucional de conformidad con lo dispuesto por el inciso 22 del artículo 75 de la Ley Suprema, conceden protección a la libertad de religión, por lo que se trata de un derecho que integra el bloque de constitucionalidad federal. Dentro de estos tratados, cabe destacar los que siguen.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 3 señala que “Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado”, y en el 22 puntualiza: “Toda persona tiene derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden (...) religioso”. La Declaración Universal de Derechos Humanos contempla en su artículo 2.1 que “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de (...) religión (...) o cualquier otra condición”; y en el artículo 18, que

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia...

El artículo 26.2 de la misma Declaración marca que

La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos...

A mayor abundamiento, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 1.1 dispone:

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 (...) religión (...) o cualquier otra condición social...

El artículo 12, titulado “Libertad de conciencia y de religión”, expresa:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o su creencia, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o derechos y libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

A su vez, en el artículo 13.5 declara:

Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra o toda apología del odio (...) religioso que constituyan incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por cualquier motivo, inclusive los de (...) religión...

Por su parte, el artículo 16.1 de la misma Convención expresa que “Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines (...) religiosos (...) o de cualquiera otra índole”; el artículo 22.8, que “En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de (...) religión”; el artículo 27.1 admite la “Suspensión de garantías” en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte”; y en el punto 2 aclara que “no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: (...) 12 (libertad de conciencia y religión)”.

De manera similar, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 2.2, establece que “Los Estados Partes (...) se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de (...) religión (...) o de otra índole”; en el 13.1 manifiesta que “la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en

una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos”; y en el artículo 3 expresa que

... los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas (...) y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 2.1 manifiesta:

Cada Estado Parte en este Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de (...) religión (...) o de otra índole...

En el artículo 4.1 declara que

En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes (...) podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto siempre que tales disposiciones (...) no entrañen discriminación alguna fundada únicamente por motivos de (...) religión...

En el artículo 18 específicamente enuncia:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión: este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud

o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados (...) se comprometen a respetar la libertad de los padres, y en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones...

El artículo 20.2 determina: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia está prohibida por ley”; el artículo 24.1 apunta: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de (...) religión (...) a las medidas de protección que su condición de menores requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”; el artículo 26 indica que “la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de (...) religión (...) o de cualquier índole”; y el artículo 27 dispone:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en su artículo 2.1, entiende por genocidio:

... cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 2.1 ordena que “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de (...) la religión”. De manera complementaria, el artículo 14 dispone:

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.
3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescriptas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Y en el artículo 30, se contempla que

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Si bien podrían mencionarse otros instrumentos internacionales, entiendo que la plataforma normativa descripta es suficiente para poner en evidencia la amplitud con la que, tanto el Derecho Internacional como el Derecho Constitucional argentino, abordan la protección de la libertad religiosa, concebida como uno de los derechos fundamentales de la persona, y cómo dentro de esta queda comprendida la libertad de expresar o manifestar la pertenencia religiosa y dar cumplimiento a los ritos o costumbres que la religión impone a quienes la practican.

Por consiguiente, se ha afirmado³ que la libertad de conciencia no implica de por sí la libertad de culto, pero sí a la inversa, dado que esta última supone la primera. Es que originariamente la libertad de culto fue entendida como una garantía para las minorías, no obstante el desarrollo posterior de esta prerrogativa se ha inclinado por una concepción más extensa.

En otras palabras, la libertad de religión comprende dos ámbitos claramente diferenciados: por un lado, la libertad de conciencia, y por

3. Padilla, Norberto, "El derecho a la libertad de cultos", en Sabsay, Daniel A. (dir.) y Manili, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Editorial Hammurabi, 1ª ed., 2009, T. 1, pp. 486-487.

el otro, la libertad de culto. La primera está inserta en la intimidad individual y se manifiesta en el derecho del individuo frente al Estado y terceras personas de repeler intromisiones coactivas en materia religiosa. Cuando la libertad de conciencia se traslada al fuero externo, se transforma en libertad de culto. En este último supuesto, inciden varios factores, a saber: a) la posición del Estado frente a las confesiones religiosas; b) la existencia o no de una religión oficial; c) la presencia de una religión preeminente; d) el reconocimiento pluralista y equiparado de todas las confesiones.⁴

Sentado lo expuesto, y en lo que concierne a la libertad religiosa, cabe aclarar que dicho concepto abarca un conjunto de derechos. A fin de abordar esta temática de manera integral, se torna imprescindible hacer referencia también al contenido y alcance que el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos le ha dado a esa libertad en particular. Ello a fin de ser tenido especialmente en cuenta a los efectos del control de convencionalidad.

Los derechos comprendidos por la libertad de religión, pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

Profesar creencias religiosas, derecho a tener una religión y a cambiarla

Sobre este punto, es trascendental mencionar el voto razonado del juez De Roux Rengifo en el caso “*La última tentación de Cristo*”,⁵ en tanto con excelentes lineamientos explica que el artículo 12 de la Convención comprende varias hipótesis de violación del derecho a la libertad de conciencia y de religión, entre las que se encuentra impedir que alguien cambie de creencias religiosas. Es decir que dicha norma: “no se limita a consagrar, en abstracto, la libertad de conservar o cambiar de creencias, sino que protege explícitamente, contra toda restricción o interferencia, el proceso de mudar de religión”.

4. Cardoso, José C., “Perspectivas constitucionales sobre libertad religiosa”, LL 2001-A, p. 787.

5. Corte IDH, Caso “*La Última Tentación de Cristo* (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73.

A lo que agregó:

Para lograr este último efecto, no es menester que se constriña física o mentalmente a la persona de que se trata a permanecer atada a confesión que profesa. Esta sería la forma más evidente, pero no la única, de afectar su libertad de conciencia y de religión. El cambio de religión o de creencias suele ser el resultado de un proceso prolongado y complejo, que incluye vacilaciones, cavilaciones y búsquedas. El Estado debe garantizar que cada quien pueda conducir ese proceso, si decide emprenderlo, en una atmósfera de completa libertad y, en particular, que no se le coarte a nadie la posibilidad de acopiar, sin infringir los derechos de los demás, todos los elementos vivenciales y emocionales, conceptuales e informativos o de cualquier otro orden que considere necesarios para optar adecuadamente por el cambio o la conservación de su fe. Si el Estado falta, por acción u omisión, a esos deberes, viola el derecho a la libertad de religión y de conciencia.

El contenido de la libertad que aquí se estudia puede desglosarse en dos aspectos: en el fuero interno la libertad religiosa incluye el derecho a profesar una creencia religiosa, esto es, conservar o cambiar la religión; mientras que en el fuero externo, existe un derecho a manifestar y practicar las creencias religiosas en público y en privado, lo que lleva consigo la posibilidad de profesar y divulgar la propia religión o creencias, individual o colectivamente.

Derecho a declarar o no la religión

Este derecho es enunciado expresamente por el inciso 4 del artículo 12 en los siguientes términos: “A nadie se le puede requerir declaración alguna sobre sus creencias religiosas, su opinión política o cualquier otra información reservada a su ámbito privado o de conciencia”.

En consonancia, la Ley N° 1845 de Protección de Datos Personales⁶ dispone en su artículo 8 que ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles. Mientras que el artículo 3 los define como:

Aquellos datos personales que revelan origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas o morales, afiliación sindical, información referente a la salud o a la vida sexual o cualquier otro dato

6. Ley N° 1845, publicada en el BOCBA del 03/08/2006.

que pueda producir, por su naturaleza o su contexto, algún trato discriminatorio al titular de los datos.

El objetivo, sin duda, es que las convicciones religiosas no sean utilizadas con fines discriminatorios, lo que, por supuesto, no es óbice para que una persona libremente pueda expresar su posición religiosa.

Derecho a practicar, individual o colectivamente, actos de culto

Se encuentra directamente relacionado con el derecho a declarar o no la religión. Lo que se exige es que el Estado garantice la libertad de practicar el culto, y supone el derecho de “seguir” los ritos y costumbres de una religión determinada. Esto es, el derecho a disfrutar de su propia cultura, así como a profesar su propia religión, sea en privado o en público.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que la prohibición de la actividad de un grupo religioso es tal vez la forma más directa de infringir la libertad de religión en su aspecto externo. En oportunidad de conocer un caso donde el gobierno argentino había prohibido la actividad de un grupo religioso de Testigos de Jehová,⁷ la Comisión declaró que había sido menoscabada la libertad de religión ya que esta en su aspecto externo abarca también el derecho a realizar los ritos religiosos que imponga la propia confesión. Por lo tanto concluyó que es una manifestación de la libertad religiosa la participación en ceremonias litúrgicas y procesiones públicas que manifiesten una determinada fe.

Derecho a no ser discriminado por motivos religiosos

El convencional Santa María, en los debates de la Convención, enfatizó que este precepto se relaciona directamente con el artículo sobre discriminación, dado que “con este artículo (...) otorgaremos la garantía a los habitantes de que no serán discriminados por cualquiera de las causas que se enumeran”.⁸

7. Comisión IDH, Caso 2137 Testigos de Jehová (Argentina), informe N° 02/79 del 05/03/1979.

8. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires de 1996*, op. cit., T. 2, p. 578.

En este contexto, es del caso señalar que el artículo 11 de la Constitución porteña prescribe que

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...

En igual sentido, este derecho ha sido contemplado por los Tratados Internacionales, tal como ya se ha mencionado en este trabajo. El principio de igualdad tiene una doble manifestación en relación con la libertad de religión ya que, por un lado, se traduce en el derecho a un goce igualitario de la libertad religiosa y, por el otro, implica el derecho a no ser discriminado por motivos religiosos. Sirva de muestra lo dispuesto por los artículos 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

Huelga señalar, sobre este punto, que los estándares interamericanos en materia de igualdad y no discriminación presuponen el deber del Estado de adoptar medidas en favor de los derechos de los individuos o grupos que son víctimas de discriminación. De hecho las normas interamericanas prevén numerosas cláusulas que evidencian el compromiso de los Estados Partes de garantizar los derechos reconocidos en las distintas convenciones “sin discriminación alguna por motivo 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” (artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Al respecto, la Corte Interamericana ha subrayado que

... el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimo-

nio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del Derecho Internacional general. En la actual etapa de la evolución del Derecho Internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.⁹

Derecho a dar y recibir información, recibir e impartir enseñanza religiosa

En lo que a la temática que nos ocupa concierne, se trata del derecho de toda persona a buscar y acceder a la información religiosa, como también el de trasmitirlo individual y asociadamente con otros mediante las distintas formas de comunicación. En este sentido, se ha considerado que el primer ámbito del derecho a difundir la religión y a ejercerla es el de la familia, a través de la educación de los hijos. Esta dimensión es proclamada por varios instrumentos internacionales. A título ejemplificativo puede mencionarse el artículo 12.4 del Pacto de San José de Costa Rica, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el inciso 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre muchos otros.¹⁰

Derecho a la objeción de conciencia

Ha sido progresiva la apertura por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina y del Derecho comparado para reconocer el derecho a la objeción de conciencia de carácter personal. Incluso en algunos supuestos constituye un contenido esencial del Derecho Constitucional a la libertad religiosa, en tanto posibilita reconocer el derecho a no realizar acciones ordenadas legalmente que contradigan abiertamente las propias convicciones de carácter religioso o moral.¹¹

En efecto, el máximo tribunal ha reconocido en numerosas oportunidades la raigambre constitucional al derecho a la libertad religiosa y, más ampliamente, a la libertad de conciencia:

9. Corte IDH. "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18.

10. Padilla, Norberto, "El derecho a la libertad de cultos", *op. cit.*, pp. 499-500.

11. Santiago, Alfonso, "El derecho al ideario en las instituciones de inspiración religiosa", LL 2015-F, p. 1145.

Así, al interpretar el artículo 14 de la Constitución Nacional, este Tribunal enfatizó que dicha norma asegura a todos los habitantes de la Nación el derecho a profesar y practicar libremente su culto (Fallos: 265:336). Asimismo, en Fallos: 312:496, se estableció que la libertad de religión es particularmente valiosa y que la humanidad la ha alcanzado merced a esfuerzos y tribulaciones (Fallos: 316:479, p. 497, considerando 8, disidencia de los Dres. Cavagna Martínez y Boggiano). También se subrayó que esta libertad forma parte del sistema pluralista que en materia de cultos adoptó nuestra Constitución Nacional (Fallos: 315:1492, considerando 27).

A lo que añadió:

... la libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común. Ello es congruente con la pacífica doctrina según la cual la libertad de conciencia, en su ejercicio, halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público (Fallos: 304:1524).

Negativa a recibir tratamientos médicos por motivos religiosos

Uno de los problemas que presenta la libertad de culto en la jurisprudencia de la Corte es el de los individuos que ante un riesgo de muerte, rechazan tratamientos médicos por cuestiones religiosas.

En la causa “Bahamondez”,¹² el alto tribunal consideró que la decisión de una persona del culto de los Testigos de Jehová de oponerse a una transfusión de sangre, aun cuando esté en peligro su vida, se halla comprendida dentro de las acciones privadas del artículo 19 de la Constitución. En otro orden de ideas, Cavagna Martínez y Boggiano especificaron que en virtud de los derechos de libertad religiosa y de conciencia, nadie puede ser obligado a actuar contra sus propias convicciones, por lo tanto no debe considerarse válida la intromisión estatal dirigida a limitar esta facultad. No obstante, agregaron que existe un estándar básico según el cual no habrá de consentirse ciertamente

12. CSJN, Fallos: 316:479, “Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar”, sentencia del 06/04/1993.

un daño personal. En consecuencia, entienden que se atribuye al Estado la competencia de tutelar la integridad física y el derecho a la vida de los individuos en casos tales como los de consumo de estupefacientes o en supuestos de eutanasia, entre otros. Sin perjuicio de lo expuesto concluyen que en el presente, al no verse comprometidos derechos de terceras personas, la objeción religiosa al tratamiento médico tiene protección constitucional.¹³

La particularidad de este decisorio fue que mientras el expediente llegaba a la Corte, el cuadro del paciente había presentado un cambio decisivo al ser dado de alta, de ahí la importancia de lo decidido en la causa “Albarracini”,¹⁴ donde el Tribunal reconoció que

... la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada.

El mismo criterio aplicó en autos “D., M.A.”,¹⁵ aun cuando las condiciones no eran análogas.

Es del caso mencionar que las directivas anticipadas en las que se fundamentan las dos decisiones judiciales mencionadas *ut supra*, fueron primeramente reconocidas por la denominada popularmente “ley de muerte digna”, y actualmente están contempladas por el artículo 60 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Derecho a contraer matrimonio

En nuestro país, antiguamente, la Ley N° 2393¹⁶ –Ley de Matrimonio Civil– no reconocía el divorcio vincular, sino que solamente autorizaba la separación personal de los esposos en el artículo 64. Sin embargo, muy tempranamente la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del

13. Basterra, Marcela I., “Principio de autonomía personal y muerte digna”, LL 2012-C, p. 488.

14. CSJN, Fallos: 335:799, “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias”, sentencia del 01/06/2012.

15. CSJN, “D., M. A. s/declaración de incapacidad”, sentencia del 07/07/2015.

16. Publicada en el Registro Nacional 1887/88, p. 811, ADLA 1881 - 1888, p. 497.

precepto que no admitía la disolución del vínculo matrimonial en “Sejean, c/Zaks de Sejean”,¹⁷ por considerar que conculcaba el sistema de libertades consagrado en la Constitución Nacional. Explicaba Petracchi,¹⁸ en su voto, que el texto constitucional garantiza un sistema de libertad personal que gira sobre el eje del artículo 19, que resulta más abarcativo que la mera garantía de la privacidad. En este sistema, confluyen una serie de derechos expresamente enumerados en los artículos 14, 14 bis, 16, 17, 18, 20 y 32 que, por supuesto, no excluyen los implícitos que nacen de la soberanía del pueblo y de las formas republicanas de gobierno (artículo 33). Estos derechos están asegurados a todos los habitantes de la Nación conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, siempre que estas resulten razonables y no los alteren (artículo 28).

Entre los que enumera como derechos civiles, en el artículo 20 del texto constitucional, se encuentra el “casarse conforme a las leyes”. Como todos los derechos, es susceptible de reglamentación, pero en virtud del principio de razonabilidad, las leyes que reglamenten su ejercicio no podrán alterarlo. Para que la ley de matrimonio civil sea compatible con ese sistema de libertades, es necesario que no obstaculice la garantía constitucional de profesar cualquier religión o no profesar ninguna. Entonces, imponer coactivamente alguno de los principios rectores de las diversas religiones que coexisten en la sociedad, tal el caso de la indisolubilidad del vínculo matrimonial identificado con el credo católico resultaba violatorio del artículo 14 de la Constitución.

Justamente, este sólido precedente del alto tribunal fue la base del proceso de reforma que culminó con la sanción de la Ley N° 23515,¹⁹ la cual estableció el divorcio vincular con la consecuente disolución del vínculo.

Sin duda, con la sanción de la Ley N° 2393, en lo que respecta a la forma de celebración del matrimonio, y luego con el dictado de la Ley N° 23515, en lo atinente a la disolución del vínculo matrimonial a través del divorcio vincular, Argentina ha demostrado una notoria separación entre el orden religioso y el orden legislativo. Principalmente,

17. CSJN, Fallos: 308:2268, “Sejean, J. B. c. Zaks de Sejean, A. M.”, sentencia del 27/11/1986.

18. Considerando 15 de su voto.

19. Publicada en el BO del 12/06/1987, ADLA 1987 - B, p. 1535.

este proceso de secularización de la ley civil se ha evidenciado con referencia al dogma católico.

A su vez, esta norma incorporaría la entonces redacción del artículo 230 del Código Civil, que disponía la nulidad de toda renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de solicitar la separación personal o el divorcio vincular. Esta normativa introdujo una nueva problemática: paradójicamente, fue cuestionada su constitucionalidad en el fallo “S., V. E. y F., M. I.”²⁰ por impedir contraer matrimonio con carácter indisoluble.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, entendió que lo dispuesto por el artículo 230 del Código Civil no contradecía derechos reconocidos en la Ley Suprema, *ergo* no resultaba inconstitucional. La norma cuestionada otorgaba la posibilidad a los esposos de solicitar la separación personal sin efectuar el divorcio, entonces no necesariamente se produciría la disolución del vínculo conyugal ante un hipotético fracaso matrimonial. De esta manera, quedó resguardada la libertad de cultos garantizada por la Constitución, incluso el carácter sacramental que tiene la institución del matrimonio para la religión católica.

El alto tribunal señaló que los artículos 2 y 14 de la Constitución Nacional, que hacen referencia a la libertad de culto y al sostenimiento por el Estado del culto católico apostólico romano, en modo alguno permiten concluir que los constituyentes tuvieron en miras una absoluta identidad del Estado con los postulados del matrimonio de la Iglesia católica a punto tal de impedir toda disolución del vínculo matrimonial por causa de divorcio.

No es ocioso mencionar que en el ámbito local, en el fallo “Freyre”,²¹ se enfatizó:

... la definición de matrimonio deberá ser modificada, adoptando un concepto que reconozca a la pareja que han conformado membresía en nuestra sociedad. Es posible que una decisión en ese sentido sea

20. CSJN, Fallos: 321:92, “S., V. E. y F., M. I.”, sentencia del 05/02/1998. Puede ampliarse en Berra, Elisabeth I., “Disolubilidad del Vínculo Matrimonial vs. Autonomía de la Voluntad. ¿Es Constitucional el Artículo 230 del Código Civil?”, *Revista de Derecho de Familia*, N° 45, Abeledo Perrot, marzo/abril 2010, pp. 19-27.

21. Juzgado en lo CAyT N° 15 de la Ciudad de Buenos Aires, EXP 34292 /0, “Freyre Alejandro c/GCBA s/amparo (artículo 14 CCABA)”, sentencia del 10/11/2009.

considerada por algunos como una afrenta a las creencias religiosas sumamente arraigadas por un sector de la comunidad. Pero 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. La Corte Suprema ha señalado que los artículos 2 y 14 de la Constitución Nacional –que hacen referencia a la libertad de culto y al sostenimiento por el Estado del culto Católico Apostólico Romano– no resultan demostrativos de que los redactores de la Carta Magna hubieran contemplado una absoluta identidad del Estado con los postulados y modo de reglamentación del matrimonio de la citada Iglesia...

Esta doctrina, sin duda, fue receptada por la denominada Ley de Matrimonio Igualitario.²²

A modo de conclusión final, vale destacar que la libertad religiosa es en esencia un derecho personal, que tiene principalmente como sujeto activo a la persona humana y que dentro de su contenido quedan comprendidos los derechos de manifestar en público y en privado las convicciones religiosas, por lo que esta libertad queda sujeta únicamente a las limitaciones impuestas por las leyes y que resulten estrictamente necesarias para alcanzar una finalidad válida en términos constitucionales.

22. Ley N° 26618, publicada en el BO del 22/07/2010.

Artículo 12. Inciso 5

5. La inviolabilidad de la propiedad. Ningún habitante puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación deberá fundarse en causa de utilidad pública, la cual debe ser calificada por ley y previamente indemnizada en su justo valor.

LA GARANTÍA DE INVIOLABILIDAD DE LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Por Elisabeth I. Berra

En este inciso, la Constitución local prácticamente reproduce la primera parte del artículo 17 de la Constitución Nacional, exceptuándose el principio de legalidad tributaria impuesto por este último dispositivo.

La protección que la Ley Suprema otorga al derecho de propiedad no se agota en la citada cláusula. Por el contrario, el artículo 14 dispone que “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...) de usar y disponer de su propiedad”; el artículo 20 establece que “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden (...) poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos (...) No están obligados (...) a pagar contribuciones forzosas extraordinarias”; y el inciso 17 del artículo 75 enumera, entre las atribuciones del Congreso, las siguientes:

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos...

Por último, no puede soslayarse que los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, en virtud del artículo 75, inciso 22, también prevén normas de protección de esta prerrogativa. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 21 prescribe:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad

pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 12 expresa: “Toda persona (...) tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor” y, de manera complementaria, el artículo 23 señala: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”. La Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 17 enuncia: “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”, y el artículo 27.2 adiciona: “Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, en el artículo 5, prevé: “los Estados Partes se comprometen (...) a garantizar (...) el goce de los derechos siguientes: (...) d) el derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros”. Por último, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 16 establece: “Los Estados Partes (...) asegurarán (...) h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso”.

Sentado ello, cabe profundizar en la definición del concepto constitucional de propiedad. El derecho de propiedad se extiende a todos los bienes, materiales o inmateriales, susceptibles de apreciación pecuniaria que pueda poseer una persona.¹ Se trata de uno de los atributos más importantes del individuo ya que, desprovisto de este por obra de la ley positiva, el hombre tendría sumamente restringido su

1. Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Artes Gráficas Candil, 2001, T. II, p. 157.

campo de desarrollo y creatividad, lo que generaría un grave perjuicio para la sociedad en orden a su progreso y bienestar.²

El concepto genérico de propiedad constitucional, que engloba todas sus formas posibles, ha sido acuñado por la jurisprudencia de la Corte al señalar que el término “propiedad” utilizado por la Constitución comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, con lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciables en dinero alcanzan el nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad.³

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Bourdieu c/Municipalidad de la Capital”⁴ enfatizó:

... las palabras libertad y propiedad, comprensivas de toda vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en el sentido más amplio. El término propiedad, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad...

Con posterioridad, el alto tribunal reafirmó esta doctrina al subrayar que

El término propiedad empleado en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional ampara todo el patrimonio, incluyendo derechos reales o personales, bienes materiales o inmateriales y, en general, todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer, fuera

2. Badeni, Gregorio, *Instituciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1997.

3. Gil Domínguez, Andrés, *Constitución, emergencia y amparo*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2002, p. 41.

4. CSJN, Fallos: 145:307, “Don Pedro Emilio Bourdieu c/Municipalidad de la Capital”, (1925).

de sí mismo y de su vida y libertad, entre ellos, los derechos emergentes de los contratos.⁵

Finalmente, la Corte ha ratificado en autos “Grupo Clarín”⁶ el alcance de la protección constitucional que se le otorga al derecho de propiedad, así como la conceptualización amplia de tal prerrogativa en los términos en que ha sido definida en el fallo “Bourdieu”.

De lo reseñado se desprende, de manera clara, que históricamente el máximo tribunal se ha inclinado por una conceptualización del derecho de propiedad que no es equivalente a lo que en Derecho Civil se concibe como tal, sino que resulta más abarcativa. En efecto, el concepto en clave constitucional es de mayor amplitud que el de dominio y derechos reales, dado que incluye todos los bienes –materiales e inmateriales, tangibles e intangibles– que conformen el patrimonio de una persona, física o jurídica, y por ende posean apreciación económica para su titular.⁷

Ahora bien, independientemente del contenido amplio que la doctrina judicial le ha reconocido al derecho de propiedad, lo cierto es que al igual que el resto de los derechos que componen el plexo jurídico, la libertad de propiedad es inviolable, pero no absoluta. Efectivamente, al igual que las diferentes libertades que dignifican al ser humano, está sujeta a ciertas limitaciones impuestas por el interés social; es que cuando el hombre vive en sociedad con sus semejantes, queda sujeta a distintas restricciones.⁸ El ejercicio de la libertad de propiedad puede reglamentarse con el fin de armonizar; el derecho individual de propiedad con el de otro sujeto, con otros derechos o con el orden público.

Así lo ha reconocido la Corte Suprema en “Ercolano”⁹ al señalar:

... ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamen-

5. CSJN, Fallos: 294:152, “Ventura, Alberto Francisco Jaime y otra c/Banco Central de la República Argentina” (1976).

6. CSJN, “Grupo Clarín y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa”, sentencia del 29/10/2013.

7. Azzarri, Juan Cruz, “Propiedad y derechos adquiridos. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, LL 2014-C, p. 1037.

8. Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 609.

9. CSJN, Fallos: 136:170, “Ercolano c/Lanteri de Renshaw” (1922).

tación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última. La misma Constitución ha consignado limitaciones especiales respecto de algunos derechos; pero no siendo posible prever ni establecer en ella todas las condiciones a que sería menester subordinarlos para hacerlos adaptables a la vida de relación, ha confiado al Poder Legislativo la misión de reglamentar su ejercicio, poniendo al mismo tiempo un límite a esa facultad reguladora (artículos 14 y 28).

En este marco, y en forma concordante con lo establecido por el artículo 17 de la Constitución Nacional, la cláusula local dispone como regla general que la propiedad es inviolable. Sin embargo, de conformidad con el sistema protectorio que la Constitución local le otorga a la propiedad, esta puede “perderse” por causas ajenas a la voluntad de su titular únicamente cuando los órganos jurisdiccionales así lo declaren. Es evidente que el propósito ha sido garantizar el derecho de propiedad mediante un procedimiento en el cual por encima de la voluntad de su titular se sitúa el interés público.

Seguidamente, se contemplan las excepciones sobre ese principio general, es decir que el derecho de propiedad no puede ser vulnerado sino en virtud de sentencia fundada en ley o expropiación por causa de utilidad pública.

El primer supuesto exige una ley que prevea los hechos o actos que habiliten la privación de la propiedad y una sentencia que así lo declare. Sin duda, el procedimiento deberá contar con las garantías del debido proceso contempladas por el artículo 18 de la Ley Suprema, cuya operatividad se encuentra garantizada por el artículo 10 de la Constitución porteña, en tanto expresa: “Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen”. También deberá observarse lo prescripto por el artículo 13:

Rigen los principios de legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e imparcialidad. Son nulos los actos que vulneren garan-

tías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos...

Además, dicho pronunciamiento judicial tendrá que estar motivado en los hechos de la causa y fundado en las reglas legales que autorizan a embargar, secuestrar, enajenar bienes y adjudicar su producido a los terceros legitimados. Dado que el patrimonio es la prenda común de los acreedores que estos pueden ejecutar en virtud de un contrato incumplido o de la responsabilidad generada por un hecho ilícito, estas situaciones pueden provocar la privación o pérdida de la propiedad con algunas excepciones y límites por razones humanitarias o de protección de la familia, tal la inembargabilidad de algunos bienes o ingresos o la protección del bien de familia.¹⁰

Va de suyo que esa sentencia tiene que cumplir con los parámetros de la razonabilidad. En este sentido cabe recordar que es doctrina judicial inveterada que toda sentencia que no sea una derivación razonada de las constancias debidamente acreditadas en la causa y del derecho vigente es arbitraria, *ergo* inconstitucional.

En esta misma línea de pensamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó en el caso “Furlán”¹¹ que se vulneró el derecho a la protección judicial y el derecho a la propiedad privada, consagrados en la Convención Americana. Ello por cuanto:

... al aplicar un juicio de proporcionalidad a la restricción del derecho a la propiedad ocurrida, se encuentra que la Ley 23982 cumplía con una finalidad admisible convencionalmente, relacionada con el manejo de una grave crisis económica que afectaba diversos derechos de los ciudadanos. El medio escogido para enfrentar dicho problema podía resultar idóneo para alcanzar dicho fin y, en principio, puede aceptarse como necesario, teniendo en cuenta que en ocasiones pueden no existir medidas alternativas menos lesivas para enfrentar la crisis. Sin embargo, a partir de la información disponible en el expediente, la restricción al derecho a la propiedad de Sebastián Furlan no es proporcionada en sentido estricto porque no contempló ninguna posibilidad de aplicación que hiciera menos gravosa la disminución del monto indemnizatorio que le correspondía.

10. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2001, p. 140.

11. Corte IDH, “Caso Furlan y familiares vs. Argentina”, sentencia del 31 de agosto de 2012, Serie C N° 246.

El segundo caso contemplado en la Ley Suprema local que hace ceder la garantía de inviolabilidad de la propiedad privada es la figura de la expropiación. Del propio texto constitucional se desprenden algunos requisitos que esta debe cumplir, así se estipula que la expropiación deberá responder a causas de utilidad pública calificada por ley y ser previamente indemnizada en su justo valor.

Se trata de una institución de Derecho Público a través de la cual se procura satisfacer una necesidad de la comunidad sustituyendo coactivamente a su titular el derecho de propiedad sobre un bien de contenido económico. En otras palabras, consiste en el acto estatal por el que se priva a una persona de un bien de su propiedad para colmar una utilidad pública o interés general calificado por ley y previo pago de una indemnización.

Como puede observarse, el constituyente previó dos requisitos que deberá cumplir la expropiación para que pueda ser considerada válida en términos constitucionales; a saber: la calificación de utilidad pública establecida por ley y la indemnización previa.

La expropiación puede ser regulada legislativamente por la Nación o las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en sus respectivos territorios. En el ámbito federal, este instituto se encuentra reglamentado en la Ley N° 21499¹² y en el local, por la Ley N° 238.¹³

La utilidad pública es uno de los requisitos ineludibles para la viabilidad constitucional de la expropiación, y así lo reconoce el artículo 1 de la legislación porteña al establecer: “La utilidad pública de un bien o de un conjunto de bienes es el fundamento de toda expropiación y comprende todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común”.

Por supuesto que la finalidad invocada debe cumplir con el *test* de razonabilidad. En efecto, el artículo 2 dispone que la declaración de utilidad pública no sólo comprende los bienes que sean necesarios para cumplir con el objetivo tenido en miras, sino también “aquellos cuya razonable utilización en base a planos y proyectos específicos convenga material o financieramente a ese efecto”. De lo contrario, se superaría la frontera de las libertades impuesta por el artículo 10 de la Constitución en los siguientes términos: “Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos”.

12. Ley N° 21499, publicada en el BO del 21/01/1977.

13. Ley N° 238, publicada en el BOCBA del 15/10/1999.

La utilidad pública debe ser declarada por ley y es imprescindible tener presente que se trata de una ley en sentido formal, es decir, una norma jurídica emanada de la Legislatura y promulgada por el Poder Ejecutivo con las formalidades requeridas por la Constitución.

En idéntico sentido se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁴ al señalar que

... la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos. El artículo 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas.

Esta Corte aclaró que, para que las limitaciones a los derechos sean válidas se exige: 1) que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención; 2) que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a “razones de interés general” y no se aparten del “propósito para el cual han sido establecidas”; y 3) que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con estas.

Por último, concluyó:

La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.¹⁵

14. Corte IDH, *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, Serie A N° 6.

15. *Ibidem*, párrafo 24.

Por consiguiente, la declaración de utilidad pública es una de las facultades privativas del órgano legislativo, que no puede ser delegada en el ejecutivo y que, en principio, no es susceptible de revisión judicial.¹⁶

Sin embargo, la Corte Suprema ha sostenido que

Ninguna expropiación debe practicarse si no responde a una causa de utilidad pública, calificada por ley. Si bien la atribución de declararla es exclusiva del Poder Legislativo, la facultad de concretar la expropiación corresponde al Poder Administrador, que decide la oportunidad en que puede hacerlo o, en última instancia, el “abandono” de la expropiación o su desistimiento, si las circunstancias así lo imponen o aconsejan.¹⁷

Otra de las condiciones establecidas por la Constitución es que medie indemnización previa en su justo valor. Se trata de una justa compensación debida al propietario con motivo de la limitación impuesta a su derecho de propiedad. La falta de indemnización, ya sea total o parcial, configura un caso de confiscación expresamente prohibido por la Constitución Nacional.

De manera concordante, el artículo 9 de la legislación apunta que esta sólo comprenderá el valor objetivo del bien al momento de llevarse a cabo la expropiación, los daños directos que se deriven de esta y los respectivos intereses. Es decir que no se tendrán en consideración las circunstancias de carácter personal, los valores afectivos, las ganancias hipotéticas ni el mayor valor que confiere al bien la obra a ejecutarse. Tampoco se abonarán el lucro cesante ni las mejoras realizadas en el bien con posterioridad al acto que lo declara afectado a expropiación, salvo las que fueran necesarias.

Al respecto, se ha expresado que

... mediante la expropiación, el Estado ejerce un poder jurídico conferido por la Constitución, que impone el sacrificio de un derecho que también se asienta en la norma constitucional. El conflicto que así se plantea se resuelve por la preeminencia del interés público y por el irremediable sacrificio del interés del particular. Es por ello que el artículo 17 de la Constitución Nacional obliga a indemnizar debida-

16. CSJN, Fallos: 4:311, “Procurador Fiscal de Santa Fe c/Francisco Hue” (1867). En el caso, sostuvo que una cuestión revestía carácter de “política”. Se refería a una expropiación de tierras para el ferrocarril y arguyó la imposibilidad de revisar la calificación de utilidad pública dada por la Administración.

17. CSJN, Fallos: 304:1484, “Cerdea, Gabriel C. y otros c/Nación Argentina” (1982).

mente al expropiado. En definitiva, ese sacrificio es repartido entre toda la comunidad –que se beneficia con el objetivo de la expropiación– quien, a través del Estado, indemniza a quien pierde su bien por causa del bienestar general. De tal forma, aun cuando el titular del bien no puede oponerse –en principio– a la declaración de utilidad pública, sí tiene derecho a que su patrimonio no sea gravado más allá de lo que consienta la igualdad ante las cargas públicas (Fallos: 268:112 y 318:445, entre otros). Sobre la base de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad y de la prohibición de la confiscación, la jurisprudencia del alto tribunal elaboró el principio de “justa indemnización” –calificativo que, cabe acotar, está expresamente consignado en el artículo 12, inciso 5, de la Constitución de la Ciudad– que incluye, entre sus características, ser actual, íntegra y previa (Fallos: 268:112; 301:1205; 302:529; 304:782, 318:445, entre muchos otros). Para que sea justa, la indemnización debe restituir al sujeto pasivo el valor objetivo del bien del que se lo priva y cubrir los daños y perjuicios que sean consecuencia directa e inmediata del acto expropiatorio (Fallos: 268:112 y 318:445, ya citados). Desde la doctrina, el académico Miguel S. Marienhoff también ha destacado, en lo que ahora interesa, que, para dar cumplimiento a la regla constitucional de la justa indemnización debe adoptarse un sistema que refleje el costo de “reproducción” o de “reposición” del bien expropiado, es decir, “lo que habría que invertir para obtener actualmente un bien igual al de que se trata, y ponerlo en funcionamiento”, debiendo restarse a ese valor, si fuere pertinente, el correspondiente a la depreciación si el bien fuera susceptible de ella (v. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, sexta edición actualizada, 1997, T. 4, p. 270). A continuación, el destacado autor ha explicado que, si bien con relación al momento preciso en que corresponde fijar o establecer el apuntado valor indemnizable existen distintos criterios: el de la “desposesión” (adoptado por el artículo 20 de la Ley nacional N° 21499), el del “pago” definitivo, el de la “sentencia” definitiva o incluso aquel en que se dispone y se lleva a cabo la expropiación, puede afirmarse que todos ellos quedan comprendidos por el aludido concepto de costo de reposición o de reproducción, “máxime si entre esos momentos no mediere mayor transcurso de tiempo” (*op. cit.*, p. 274). (Del voto del Dr. Casás en la sentencia “Mendilahatzu”).¹⁸

18. TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expte. n° 5434/07 “Mendilahatzu, Dora y otros c/GCBA s/expropiación inversa. Retrocesión s/recurso de inconstitucionalidad

El Título VI, “De la caducidad de la declaración”, prevé la causal de abandono de la expropiación para aquellos casos donde el expropiante no hubiera promovido el juicio respectivo dentro de los tres años de entrada en vigencia la ley, si son bienes individualmente determinados, y cinco si se trata de bienes determinados genéricamente. Dicho lapso puede ser prorrogado, pero únicamente a través de una ley especial dictada a tal efecto por la Legislatura (artículo 18).

La Dra. Conde en autos “Mirci”¹⁹ explicó que

... el abandono es el efecto legal que se produce cuando, calificado un bien de utilidad pública por ley, el Estado deja transcurrir los plazos establecidos sin iniciar el trámite de expropiación, produciendo, “desde el punto de vista jurídico (...) y como lógica consecuencia, la ‘caducidad’ de la potestad de expropiar en el caso concreto” (Cfr. Marienhoff, T. IV, p. 362).

Y añadió que

La presunción *juris et de jure* del abandono se justifica como una salvaguardia para el expropiante y para el expropiado. La Constitución exige que la utilidad pública sea calificada por ley, y cuando el Poder Legislativo ejercita esa facultad, lo hace con relación a un momento o época determinados, aunque no sean inmediatos; pero no es razonable mantener latentes esas autorizaciones para que sean utilizadas en épocas muy posteriores, cuando el propósito que las determinó puede haber desaparecido y la decisión del poder administrador, del concesionario, etc., sólo obedezca a mera arbitrariedad (...). El propietario no puede, tampoco, estar sometido sine die a la amenaza de una expropiación que no sabe si se consumará en el decurso de los años... (Villegas, A. Walter; *Régimen Jurídico de la Expropiación*, Buenos Aires, Depalma, p. 480).

concedido”, y su acumulado Expte. N° 5423/07 “Mendilahatzu, Dora y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Mendilahatzu, Dora y otros c/GCBA s/expropiación Inversa. Retrocesión”, sentencia del 13/02/2008.

19. TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expte. N° 3668/04, “Mirci, Hilda Martha c/GCBA s/expropiación inversa. Retrocesión”, y su acumulado Expte. N° 3602/04, “Mirci, Hilda Martha c/GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en “Mirci, Hilda Martha c/GCBA s/expropiación inversa. Retrocesión”, sentencia del 01/06/2005.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que

En toda expropiación válida el propósito fundamental que persigue el Estado es el de satisfacer intereses públicos superiores, cuya consolidación exige el dominio público o privado. Cuando (...) la utilidad pública no existe o ha desaparecido, va de suyo que no puede negarse a dicho Estado el derecho a desistir de la expropiación, en su caso, o de hacer valer el “abandono, aun configurado luego de la promoción de una expropiación irregular y en tanto no haya quedado perfeccionada esta” (Fallos: 291:507, 304:1484, entre otros). (...) Correlativamente al derecho estatal de dejar pasar el tiempo sin hacer uso de la autorización conferida, invocando el abandono de la expropiación en su caso, asiste al administrado el derecho de que se libere su propiedad de las restricciones inherentes a la afectación legislativa. No disponer la concreta desafectación por caducidad, admitiendo que subsistan registralmente las constancias y menciones que aluden a la Ordenanza 43.622/89, resulta inadmisibles por constituir una injustificada restricción al derecho de propiedad.

Además, la normativa contempla el supuesto de expropiación inversa, que habilita al expropiado a accionar sin necesidad de previo reclamo administrativo cuando: 1) transcurrió más de un año desde la vigencia de la ley de declaración de utilidad pública y el expropiante no notifica la tasación; 2) se cumplió un año desde que fue aceptada la tasación por la expropiada y la expropiación no se perfecciona; y 3) el expropiante paraliza o no activa los procedimientos después de haber obtenido la posesión judicial del bien (artículo 19). Esta acción prescribe a los cinco años desde el momento en que se configure alguna de las causales mencionadas (artículo 21).

También se encuentra previsto el instituto de la retrocesión, esto es la facultad del sujeto expropiado para reclamar el reintegro a su patrimonio del bien expropiado, previa deducción del monto indemnizatorio oportunamente percibido. La acción procede cuando al bien expropiado se le diera un destino diferente al previsto en la ley expropiatoria, o cuando no se le diera destino alguno en un lapso de dos años computados desde que la expropiación queda perfeccionada (artículo 22).

Finalmente, el Título IX de la legislación está dedicado a la ocupación o uso temporario de un bien, que quedará habilitada cuando razones de utilidad pública así lo requieran (artículo 30). La Legislatura de la Ciudad puede declarar de utilidad pública la ocupación o

uso temporario de un bien, y esto deberá ser indemnizado contemplándose el valor de uso y los daños ocasionados al bien (artículo 31). Se trata de una limitación parcial al derecho de propiedad, por este motivo el artículo 33 especifica que la ocupación temporánea no puede extenderse por más de dos años desde que comienza el uso del bien por parte del expropiante. Superado dicho lapso, el propietario tiene derecho a accionar judicialmente por expropiación inversa.

Sin embargo, e independientemente de lo expuesto, no puede soslayarse que el derecho de propiedad ha sido uno de los derechos fundamentales al que más se ha ido despojando de contenido desde el concepto de propiedad como un derecho casi absoluto, plasmado en la Constitución de 1853/60 hasta la actualidad. Hemos pasado por etapas en las que se pretendió su total aniquilamiento. En esto tuvieron un rol fundamental todos los poderes del Estado, pero sobre todo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando a través de la doctrina de las emergencias fue justificando el cercenamiento, la restricción y alteración de esta prerrogativa. Es por este motivo que se torna indispensable enfatizar que las situaciones de emergencia no pueden exceder los límites de la norma fundamental. En materia de control, la clave está únicamente en el respeto más absoluto por el principio de razonabilidad, esto es, la adecuada proporción entre medios y fines.²⁰

En síntesis, el derecho de propiedad es inviolable, pero no absoluto en el marco de la convivencia social. Por ello, su ejercicio se encuentra sujeto a ciertas limitaciones. Estas restricciones son impuestas mediante el ejercicio del poder de policía, definido como la potestad constitucional del Gobierno para establecer las regulaciones razonables sobre las libertades individuales para proporcionar un desenvolvimiento armónico de la convivencia social y satisfacer los requerimientos del bien común. Ahora bien, esta facultad tampoco puede ser ilimitada, pues no podrá admitirse que se llegue al extremo de desvirtuar o vaciar de contenido las libertades individuales.

20. Para ampliar: Basterra, Marcela I., "El derecho de propiedad en Argentina a través de la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (1853-2003) ¿La emergencia en la Constitución o la Constitución en emergencia?", VV. AA., *Obra de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (con motivo del sesquicentenario)*, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 127-171.

Artículo 12. Inciso 6.

El acceso a la Justicia de todos sus habitantes; en ningún caso puede limitarlo por razones económicas. La ley establece un sistema de asistencia profesional gratuita y el beneficio de litigar sin gastos.

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Por Marcela I. Basterra

Al abordar el derecho de acceso a la Justicia, se torna indispensable hacer mención del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en tanto ha sido en ese ámbito donde esta prerrogativa fundamental ha alcanzado un alto nivel de desarrollo.

En estas coordenadas, es preciso recordar que a través del inciso 22 del artículo 75, la Constitución Nacional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a once Tratados Internacionales (en la actualidad son catorce)¹ en materia de derechos humanos que revisten jerarquía superior a las leyes y que forman junto con el texto de la Carta Magna el Bloque de Constitucionalidad Federal o Regla de Reconocimiento Constitucional.

No puede soslayarse que en esa oportunidad, el constituyente reformuló el sistema de fuentes del orden jurídico argentino al producir la internacionalización de los derechos humanos. Es en el mencionado dispositivo constitucional donde se encuentran radicados los criterios de pertenencia –tanto formal como material– que permiten integrar y determinar la correspondencia al sistema de cualquier norma no constitucional.

1. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), aprobada por Ley N° 24820, publicada en el BO del 29/05/1997; Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (1968), aprobada por Ley N° 24584, publicada en el BO del 01/11/1995; y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por Ley N° 27044, publicada en el BO del 22/12/2014.

Este conjunto normativo, que opera como sistema de fuentes es reconocido por la doctrina como Bloque de Constitucionalidad Federal (BCF), fue definido por Bidart Campos² como un conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales fuera del texto de la Constitución documental, cuyo fin es actuar como parámetro para el control de constitucionalidad de las normas de inferior rango. El BCF es hoy la fórmula primaria de validez del Derecho positivo argentino.

En la actualidad, en virtud de esta norma conviven dos tipos de fuentes. Por un lado, una fuente interna integrada por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos del artículo 75 inciso 22 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por el otro, una fuente externa, constituida por las Opiniones Consultivas y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) consagra para los Estados Partes tanto la obligación de respetar como de garantizar los derechos y libertades reconocidos en ese instrumento –lo cual implica que se comprometen expresamente a adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter” necesarias para hacerlos efectivos–. Su objeto y fin no es otro que la tutela efectiva o el efecto útil de tales derechos y garantías. La Corte Interamericana deviene, por tanto, en guardián de dicha tutela. En palabras de Nogueira Alcalá,³ este Tribunal mantiene la “supervigilancia” del cumplimiento de las obligaciones asumidas. Ello significa que “los custodios jurisdiccionales nacionales están custodiados por custodios jurisdiccionales internacionales y supranacionales”. ¿Cómo garantiza la Corte Interamericana este efecto útil? Aplicando el control de convencionalidad.

En este orden de ideas, cabe destacar que los organismos del Sistema Interamericano se han pronunciado reiteradamente sobre el acceso a la

2. Bidart Campos, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 265-267.

3. Nogueira Alcalá, Humberto, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Chile, junio de 2013, p.1. Disponible en: http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/o8_NOGUEIRA.htm

Justicia, y lo conciben como una de las prerrogativas fundamentales no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en toda sociedad democrática. De la jurisprudencia del mencionado Tribunal surgen claramente dos líneas transversales de trabajo: en primer término, el análisis conjunto de la normativa citada, que se desprende de la interrelación de las nociones de acceso a la Justicia –derecho de petición ante las autoridades y derecho a una debida prestación jurisdiccional–; en segundo lugar, se examina la efectividad en el cumplimiento de los derechos.⁴

Son varios los instrumentos internacionales que tutelan este derecho; entre ellos, pueden mencionarse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁵ la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8⁶ y, de manera complementaria, en su artículo 25, que se refiere a la exigencia de recursos judiciales eficientes en los siguientes términos:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun

4. Pérez Curci, Juan Ignacio, “Derecho de acceso a la Justicia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, LL 2014-D, p. 661.

5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), aprobado por Ley N° 23313, publicado en el BO del 13/04/1986. Artículo 14: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil”.

6. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), aprobada por Ley N° 23054, publicada en el BO del 27/03/1984. En su artículo 8 dispone: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Asimismo, la intrínseca relación de la problemática del acceso a la Justicia con la igualdad permite citar normas tales como el artículo 24 –igualdad ante la ley– de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Estas normas instituyen un mandato para los Estados Partes respecto de la creación de una institucionalidad, en aras de mantener los mecanismos de protección de los derechos humanos en el Derecho interno. En efecto, estos dispositivos tanto judiciales como administrativos son determinantes para el apuntalamiento de los derechos, a la vez que constituyen un refuerzo para la justicia constitucional existente en los Estados.

En consecuencia, debemos destacar los derechos al debido proceso, a un plazo razonable, a un juez imparcial y a un recurso efectivo, que en su conjunto constituyen elementos determinantes para el acceso efectivo a la Justicia.

Desde una perspectiva hermenéutica integradora, uno de los primeros antecedentes de la interpretación de los artículos 8, 25, 1.1 y 2 de la Convención surge con claridad del voto disidente del ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH) Cançado Trindade en el precedente “Caballero Delgado y Santana vs. Colombia”.⁷ De este modo y tal como sostuvo posteriormente en el precedente “Genie Lacayo vs. Nicaragua”,⁸ el ex presidente de la Corte procedió a realizar un análisis del contenido material y del alcance de la garantía del artículo 25 de la Convención, formulando el siguiente señalamiento:

7. Corte IDH, “Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia”, sentencia del 08/12/1995, Serie C, N° 22.

8. Corte IDH, “Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua”, sentencia del 29/01/1997, Serie C, N° 21.

... el derecho a un recurso sencillo y rápido y efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, consagrado en el artículo 25 de la Convención, es una garantía judicial fundamental mucho más importante de lo que uno pueda *prima facie* suponer, y que jamás puede ser minimizada. Constituye, en última instancia, uno de los pilares básicos no sólo de la Convención Americana, como del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática (en el sentido de la Convención). Su correcta aplicación tiene el sentido de perfeccionar la administración de justicia a nivel nacional, con los cambios legislativos necesarios a la consecución de ese propósito.

Puede afirmarse que el origen de esta garantía judicial es latinoamericano. Fue consagrada originalmente en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre de abril de 1948, y luego incorporada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre de 1948 y de ahí a las Convenciones Europeas y Americanas sobre Derechos Humanos (artículos 13 y 25 respectivamente), así como al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (artículo 2.3).

En tal sentido, los artículos 25 y 1.1 de la Convención se refuerzan mutuamente, asegurando el cumplimiento de ambos en el Derecho interno. Estas cláusulas requieren conjuntamente la aplicación directa de la Convención Americana en el ordenamiento jurídico local, pues en la hipótesis de supuestos obstáculos de Derecho interno, entra en operación el artículo 2, que prevé la armonización de esta con la normativa de los Estados Partes. Estos últimos se encuentran obligados por los artículos 25 y 1.1 a establecer un sistema de recursos internos sencillos y rápidos, y a darles aplicación efectiva. Si *de facto* no lo hacen, debido a supuestas lagunas o insuficiencias del Derecho local, incurren en violación de los artículos 25, 1.1 y 2 de la Convención.

Poco después de algunas disidencias en los casos “Genie Lacayo vs. Nicaragua” y “Caballero Delgado y Santana vs. Colombia” en cuanto al contenido del canon mencionado, la Corte Interamericana por primera vez en el caso “Castillo Páez vs. Perú”⁹ precisó el alcance del artículo 25 de la Convención, al concluir que hubo una violación simultánea de este artículo y del 1.1 por parte del Estado demandado. En palabras del Tribunal, la disposición del artículo 25 sobre el derecho a un recurso

9. Corte IDH, “Caso Castillo Páez vs. Perú”, sentencia del 27/11/1998, Serie C, N° 37.

efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes constituye uno de los pilares básicos no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho.

Desde entonces, esta ha sido la postura adoptada por la Corte de cita en diversos precedentes, entre ellos en el fallo “Cantos vs. Argentina”,¹⁰ en el que señaló:

... el artículo 25 (...) establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. (...) Para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la Justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.

Este criterio fue confirmado definitivamente en el fallo “Furlan vs. Argentina”,¹¹ en que el Tribunal internacional trató con especial énfasis el derecho de acceso a la Justicia en tres claras dimensiones, respecto a: a) los familiares de Furlan, b) al mismo Furlan en virtud de su condición de menor de edad al momento de los hechos, y c) a las personas con discapacidad.

Sobre este punto, no es ocioso destacar que del análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana referido a la problemática del acceso a la Justicia surgen diferentes tópicos, que fueron abordados por el Tribunal en el entendimiento de que obstaculizan el ejercicio de este derecho fundamental. Estos pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

a) La exigencia del requisito de agotamiento de recursos internos, como paso previo para acceder al Sistema Interamericano de protección.

10. Corte IDH, “Caso Cantos vs. Argentina”, sentencia del 28/11/2002, Serie C, N° 97, párr. 52.

11. Corte IDH “Caso Furlan vs. Argentina”, sentencia del 31/08/2012, Serie C, N° 246.

En este punto, resulta ejemplificativo el criterio asumido por el Tribunal en la Opinión Consultiva OC-11/90,¹² donde manifestó que

La protección de la ley la constituyen los recursos que esta dispone para la protección de los derechos garantizados por la Convención, implica el deber de los Estados de organizar el aparato gubernamental, y las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público y que sean capaces de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (...). Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza encuentra que su posición económica le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley (artículo 24 y 1.1 CADH) (...). El indigente tendrá o no que agotar los recursos internos, según si la ley o las circunstancias se lo permiten, si los servicios jurídicos son necesarios por razones legales o de hecho para que un derecho garantizado por la Convención sea reconocido y alguien no puede obtenerlos por razón de su indigencia, estaría exento del requisito del previo agotamiento. Lo mismo es válido si nos referimos a casos en los cuales hay que pagar para realizar trámites siendo esto imposible (...). Hay que entender que el artículo 8 exige asistencia legal solamente cuando esta es necesaria para que se pueda hablar de debidas garantías y que el Estado que no la provea gratuitamente, no podrá argüir luego que dicho proceso existe pero no fue agotado.

En relación con la problemática de la indigencia, la base fáctica invocada por la Comisión para motivar la consulta consistió en que

... ha recibido ciertas peticiones en que la víctima alega no haber podido cumplir con el requisito de agotar los remedios previstos en las leyes nacionales al no poder costear servicios jurídicos o el valor que debe abonarse por los trámites (...). La Comisión está consciente de que algunos Estados brindan servicios jurídicos gratuitos a las personas elegibles con motivo de su situación económica. No obstante, esto no sucede en todos los países, y aun en los países donde sí existe, con frecuencia se otorga únicamente en zonas muy urbanizadas.

12. Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de recursos internos* (artículos 46.1, 46.2.s y 46.2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90 del 10/08/1990, Serie B, N° 21. Disponible en: www.cidh.org

Además agregó:

El hecho de que una persona sea indigente por sí solo no significa que no tenga que agotar los recursos internos, puesto que la disposición del artículo 46.1 es general. La terminología del artículo 46.2 indica que el indigente tendrá o no que agotar los recursos internos, según si la ley o las circunstancias lo permiten (...). Si un individuo requiere efectivamente asistencia legal para proteger un derecho garantizado por la Convención y su indigencia le impide obtenerla, queda relevado de agotar los recursos internos. Este es el sentido que tiene el artículo 46.2 leído a la luz de las disposiciones de los artículos 1.1, 24 y 8.¹³

Con el mismo criterio se refiere la Corte al agotamiento de los recursos internos, en los casos en los cuales un individuo es incapaz de obtener asistencia legal, debido a un temor generalizado en los circuitos jurídicos de un determinado país. El tal sentido, afirma que

... si una persona se ve impedida, por una razón como la planteada, de utilizar los recursos internos necesarios para proteger el derecho garantizado por la Convención, no puede exigírsele un agotamiento sin perjuicio, naturalmente de la obligación del Estado de garantizarlos.

En resumen:

De todo lo anterior se desprende que cuando existe un miedo generalizado de los abogados para prestar asistencia legal a una persona que lo requiere y esta no puede por consiguiente obtenerla, la excepción del artículo 46.2.b es plenamente aplicable y la persona queda relevada de agotar recursos internos.¹⁴

En síntesis, tomando como norte las afirmaciones de Cançado Trindade¹⁵ respecto a la noción de acceso a la Justicia propiamente dicho, podemos colegir que

... no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional (...). El derecho de acceso a la Justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia (...) podemos aquí visualizar un verdadero

13. OC -11/90, *op. cit.*, párr. 20.

14. OC-11/90, *op. cit.*, párr. 33.

15. Corte IDH, "Caso La Cantuta Vs. Perú", voto razonado del Dr. Cançado Trindade en la sentencia del 30/11/2007, Serie C N° 173.

derecho al Derecho, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico (...) que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana.

Sin duda, ha sido el espíritu que informa el *iter* transitado por la jurisprudencia interamericana, procurando afianzar los derechos de todos los ciudadanos no solamente a presentarse ante el sistema de justicia, sino también a obtener un pronunciamiento justo y respetuoso de las garantías del debido proceso.

b) La falta de abogado como falencia del acceso a la Justicia.

Esta temática es analizada como un verdadero obstáculo a la concreción eficaz del acceso a la Justicia, en tanto se afirma que

Algunos reclamantes han alegado ante la Comisión que no han podido conseguir un abogado que los represente, lo cual limita su capacidad de utilizar eficazmente los recursos jurídicos internos putativamente disponibles conforme a la ley. Esta situación ha surgido cuando prevalece un ambiente de temor y los abogados no aceptan casos cuando creen que ello pudiera hacer peligrar su vida y la de sus familiares.¹⁶

Igualmente, la propia Corte ha sostenido que de las disposiciones de la Convención se desprende la obligación estatal de tutelar este derecho fundamental. En este sentido, ha aseverado que

Si el aparato actúa de modo tal que la violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.¹⁷

c) El derecho de acceso a la Justicia y la garantía del debido proceso.

En la mencionada OC 11/90, el Tribunal¹⁸ ha sostenido enfáticamente que la obligación de organizar el aparato gubernamental y de crear las estructuras necesarias para la garantía de los derechos, está relacionada en lo que a la asistencia legal se refiere con lo dispuesto

16. OC-11/90, *op. cit.*, párr. 18.

17. Corte IDH, "Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras", sentencia del 29/07/1988, Serie C, N° 4, párr. 178 y 179.

18. OC-11/90, *op. cit.*, párr. 24 y 25.

en el artículo 8 de la Convención. En el caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”,¹⁹ la Corte expresa que

Se verifica un supuesto de denegación de justicia, cuando se da la completa inhibición de los mecanismos teóricamente adecuados del Estado para atender a la investigación de la violación de los derechos fundamentales, así como al cumplimiento de deberes como la reparación de los daños causados y la sanción a las personas responsables, contenidos en el artículo 1.1 de la Convención.

Otro antecedente puede encontrarse en el caso “Godínez Cruz”,²⁰ donde sostuvo que

Ha quedado comprobada, como ya lo ha verificado la Corte anteriormente la abstención del poder judicial para atender los recursos introducidos ante diversos tribunales en el presente caso. (...) Hubo pues una completa inhibición de los mecanismos teóricamente adecuados del Estado hondureño para atender a la investigación de la desaparición de Saúl Godínez, así como el cumplimiento de deberes como la reparación de los daños causados y la sanción de los responsables.

En la sentencia “López Álvarez vs. Honduras”²¹ la Corte enfatizó: “No hay ‘debido proceso’ si un justiciable no puede hacer valer sus derechos ‘en forma efectiva’, si no tiene verdadero acceso a la Justicia”. Para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales, se impone la observancia de todos los requisitos que sirvan para asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. No se consideran efectivos los recursos que resulten ilusorios, o sea, que el acceso a la Justicia y el ejercicio efectivo del derecho con la fiel observancia de las garantías judiciales se encuentran ineluctablemente vinculados.

d) Lentitud de los procesos como obstáculo para el acceso a la Justicia.

Tal como ha quedado demostrado en la ineficiencia de los sistemas judiciales, uno de sus mayores vicios consiste en la excesiva

19. Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, ídem.

20. Corte IDH, “Caso Godínez Cruz vs. Honduras”, sentencia del 20/01/1989, Serie C, N° 5, párrafos 175-187.

21. Corte IDH., “Caso López Álvarez vs. Honduras”, sentencia del 01/02/2006, Serie C, N° 14.

lentitud de los procesos, lo que constituye un grave obstáculo para el ejercicio del acceso al sistema.

Uno de los pronunciamientos de la Corte IDH se refiere a numerosas denuncias recibidas por la Comisión contra el Estado argentino, que tienen como denominador común la excesiva duración de la prisión preventiva para las personas sometidas a proceso criminal sin sentencia. Tras realizar un profuso análisis de la normativa aplicable al caso y de determinados tópicos como el debido proceso, la razonabilidad del plazo y justificaciones viables, entre otros, se concluyó: “La Comisión considera que existe una situación de denegación de justicia respecto a dichos peticionarios, y a los demás procesados que se encuentran en situación similar en Argentina”.²²

Concordantemente, la Corte expresó con claridad que la demora prolongada en un procedimiento configura –en principio– una vulneración del artículo 8 de la Convención. Por ello, para desvirtuar tal conclusión, el Estado debe demostrar debidamente que la lentitud del proceso tuvo origen en la complejidad del caso o en la conducta de las partes.

En este contexto, y teniendo especialmente en cuenta que la Constitución Federal es un “piso” mínimo de derechos garantizados en todo el territorio de la Nación, pero que los Estados locales podrán a través de sus leyes ampliar el plexo de derechos y garantías, mas nunca menoscabarlo, se analizará el derecho de acceso a la Justicia en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La garantía a esta prerrogativa básica surge de varias normas de la Constitución porteña. En primer lugar, el artículo 10 consagra para la Ciudad todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, de las leyes de la Nación y de los Tratados Internacionales ratificados y que se ratifiquen, los cuales deben ser interpretados de buena fe. No pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y, a su vez, la reglamentación no puede cercenarlos. Se trata de la consagración expresa del principio de operatividad de los derechos, que por supuesto abarca la prerrogativa que nos ocupa.

En segundo término, el acceso a la Justicia se garantiza de manera específica dentro del artículo 12 en su inciso 6, objeto de este comen-

22. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 2/97, párr. 43.

tario. Del mismo modo, estas cláusulas se relacionan en forma directa con los artículos 17 y 18 de dicho cuerpo normativo, que plasman el compromiso de la Ciudad de Buenos Aires tanto de diseñar políticas especiales que permitan superar las condiciones de pobreza, como de promover un desarrollo humano y económico equilibrado, que evite y compense desigualdades zonales dentro de su territorio.

Por otra parte, resultan relevantes los mecanismos de protección de este derecho, dentro de los que cabe destacar la garantía de defensa en juicio en sede penal y contravencional (artículo 13, inciso 3), así como la acción de amparo contemplada en el artículo 14, que por mandato constitucional debe estar desprovista de formalidades procesales que afecten su operatividad.

Por último, no puede soslayarse que el derecho de acceso a la Justicia impone obligaciones a los tres poderes del Estado. Así, mientras el Poder Judicial es el encargado de administrar justicia, los poderes Ejecutivo y Legislativo serán los responsables dentro del marco de sus competencias de dotar al sistema judicial de los recursos necesarios para garantizar el acceso a la Justicia y la resolución de los conflictos en tiempo razonable, a un costo que no implique privación de justicia (artículo 108).

De lo expuesto surge que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires reconoce las dos dimensiones del concepto de acceso a la Justicia. Es decir, la dimensión normativa, referida a la libertad de igualdad de todos los ciudadanos a hacer valer sus derechos legalmente reconocidos, y la dimensión fáctica, que se circunscribe a los aspectos vinculados con los procedimientos tendientes a asegurar su pleno y eficaz ejercicio.

Ello por cuanto no puede perderse de vista que el acceso a la Justicia involucra tres aspectos bien diferenciados, pero que resultan complementarios entre sí, a saber: 1) la efectiva posibilidad de acceder al sistema judicial; 2) que se garantice el efecto útil del servicio de justicia, esto es, la capacidad de dictar un pronunciamiento justo en un tiempo razonable; y 3) la conciencia por parte de la ciudadanía del acceso a la Justicia como un derecho, lo que exige poner a disposición de los individuos la información pertinente para que puedan ser capacitados en este sentido.

Frente a la previsión normativa de herramientas idóneas (garantías primarias), el Poder Judicial asume el compromiso de su aplicación efectiva (garantías secundarias). En la Corte Suprema de Justicia Argentina puede vislumbrarse una nota común transversal en diversos pronunciamientos y decisiones.²³ En esta tendencia puede observarse la apertura y flexibilización de los modos de tutela efectiva tendientes a proteger los derechos fundamentales, cuyo soporte es el derecho de acceso a la Justicia.²⁴ No obstante, cabe aclarar que ello no implica un activismo que conlleve la desfiguración del sistema de frenos y contrapesos que dé lugar a transferencias de responsabilidades de los otros poderes, como tampoco una invasión de potestades por el Poder Judicial. Muy por el contrario, a lo que apunta es a una efectiva aplicación de las garantías y del acceso a la Justicia a través de sentencias activistas.

En estas coordenadas, el alto tribunal, en autos “Defensor del Pueblo”,²⁵ enfatizó:

Le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar el derecho, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados.

En idéntico sentido se expidió en el precedente “Kuray, David L. s/recurso extraordinario”,²⁶ donde subrayó:

El acceso a las vías administrativas o judiciales para la defensa de los derechos de los trabajadores no puede quedar condicionado al pago de tasas, depósitos u otras cargas de índole pecuniaria, pues la efec-

23. Sagüés, María S., *El derecho de acceso a la Justicia*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2010, p. 148.

24. Manili, Pablo L., *El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2006, p. 128.

25. CSJN, Fallos: 330:4134, “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra”, sentencia del 18/09/2007.

26. CSJN, Fallos: 337:1555 “Kuray, David L. s/recurso extraordinario”, sentencia del 30/12/2014.

tiva vigencia del principio constitucional que otorga una tutela preferencial a quienes trabajan en relación de dependencia requiere que la protección legal que la Constitución Nacional encomienda al Congreso no quede circunscripta sólo al reconocimiento de ciertos derechos y garantías sino que, además, asegure a los trabajadores la posibilidad de obtener su eficaz defensa.

Como puede observarse, existe una tendencia general en la jurisprudencia de la Corte hacia la recepción de las pautas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en torno al acceso a la Justicia, lo cual ha llevado en diversos casos a la adopción de sentencias que permiten visualizar con claridad esta postura.

Por su parte, los tribunales locales también se han enrolado en esta postura. En efecto, el Tribunal Superior en autos “Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c/GCBA”²⁷ ha enfatizado que

Nuestro sistema constitucional garantiza el acceso a la Justicia (artículo 12, inc. 6 de la CCABA y artículo 8, primer párrafo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y los jueces debemos asegurarlo siempre que se plantee ante los estrados judiciales un debate del que surja la afectación de un derecho del accionante. Se trata del derecho de todo habitante de la República de dirimir ante los tribunales los conflictos jurídicos que enfrenta en su vida social, cuando ellos no pueden ser superados por otra vía.

En igual sentido había fallado con anterioridad en “La Escalera Norte S.A. c/GCBA”,²⁸ al señalar:

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires promueve, en su preámbulo, una democracia fundada –entre otros valores– en “la justicia”, por lo demás, en el artículo 12, inc. 6, garantiza “el acceso a la Justicia de todos sus habitantes” y en el artículo 13, inciso 3, la “inviolabilidad de la defensa en juicio”. Por consiguiente, los jueces deben efectuar una aplicación razonable de las reglas que establecen los requisitos de admisión de las demandas y extremar las posibilidades de

27. TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expte. N° 4889/06, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c/GCBA s/impugnación de actos administrativos’”, sentencia del 21/03/2007.

28. TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expte. N° 4076, “La Escalera Norte S.A. c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica) s/recurso de apelación ordinario concedido”, sentencia del 08/02/2006.

interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción (principio *pro actione*).

Ahora bien, a modo de conclusión final huelga reafirmar que en virtud de la relevancia que posee la problemática del acceso a la Justicia, no es posible reducir el análisis a un examen netamente normativo, sino que resulta esencial reclamar su ponderación fáctica, así como demandar exigencias –diagrama institucional, humano y funcional– que permitan garantizar su vigencia y respeto en los hechos.

En este marco, es necesario destacar el desarrollo que ha alcanzado, desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, el derecho de acceso a la Justicia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el ámbito nacional y en el de la Ciudad, procurando que se garantice que todas las personas, con independencia de su sexo, origen nacional o étnico, condiciones económicas, sociales y culturales, tengan la posibilidad real de llevar cualquier conflicto, sea individual o grupal, ante el sistema de administración de justicia y de obtener una justa y pronta resolución por parte de los tribunales autónomos e independientes.

Considero que el diseño normativo estudiado posibilita el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la Justicia, por lo que es de esperarse que los tribunales se apeguen a la letra y al espíritu de las leyes, evitando así que exista un menoscabo de esta garantía esencial del Estado constitucional de Derecho.²⁹

29. Basterra, Marcela I., “El acceso a la Justicia en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Pensar Jusbairens. Revista del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Año III, N° 7, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, marzo de 2016, p. 28.

Artículo 13

La Ciudad garantiza la libertad de sus habitantes como parte de la inviolable dignidad de las personas. Los funcionarios se atienen estrictamente a las siguientes reglas:

1. Nadie puede ser privado de su libertad sin una orden escrita y fundada emanada de autoridad judicial competente, salvo caso de flagrante delito con inmediata comunicación al juez.
2. Los documentos que acrediten identidad personal no pueden ser retenidos.
3. Rigen los principios de legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, inmediatidad, publicidad e imparcialidad. Son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos.
4. Toda persona debe ser informada del motivo de su detención en el acto, así como también de los derechos que le asisten.
5. Se prohíben las declaraciones de detenidos ante la autoridad policial.
6. Ningún detenido puede ser privado de comunicarse inmediatamente con quien considere.
7. Asegurar a todo detenido la alimentación, la higiene, el cubaje de aire, la privacidad, la salud, el abrigo y la integridad psíquica, física y moral. Disponer las medidas pertinentes cuando se trate de personas con necesidades especiales.
8. El allanamiento de domicilio, las escuchas telefónicas, el secuestro de papeles y correspondencia o información personal almacenada, sólo pueden ser ordenados por el juez competente.
9. Se erradica de la legislación de la Ciudad y no puede establecerse en el futuro ninguna norma que implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito, cualquier manifestación de derecho penal de autor o sanción de acciones que no afecten derechos individuales ni colectivos.
10. Toda persona condenada por sentencia firme en virtud de error judicial tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley.
11. En materia contravencional no rige la detención preventiva. En caso de hecho que produzca daño o peligro que hiciera necesaria la aprehensión, la persona debe ser conducida directa e inmediatamente ante el juez competente.
12. Cuando el contraventor, por su estado, no pudiere estar en libertad, debe ser derivado a un establecimiento asistencial.

LÍMITES AL PODER COACTIVO DEL ESTADO

Por Aníbal Ibarra

INTRODUCCIÓN, CONSIDERACIONES GENERALES Y CONTEXTO HISTÓRICO

El artículo 13 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, con sus 12 incisos, es una de las piedras angulares del texto constitucional. Sintetiza los derechos y garantías que poseen las personas frente a la intervención coactiva del Estado, sea ante un procedimiento policial o ante un proceso penal, contravencional, de faltas, administrativo o disciplinario. También asegura las condiciones que deben cumplirse ante la detención de las personas, pone límites a los legisladores cuando traten leyes que impongan sanciones o penas y garantiza la reparación frente a condenas dictadas en virtud de errores judiciales.

No puede entenderse cabalmente este artículo si no lo contextualizamos en el momento histórico en que fue sancionada la Constitución de la Ciudad. Durante todo el siglo XX los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires se rigieron en materia penal por los delitos sancionados por el Congreso Nacional y también por los edictos, establecidos inicialmente por el Jefe de Policía de la Capital y luego por el Jefe de la Policía Federal (a partir de su creación en 1943).

Bajo el criterio de asegurar el “orden y la moralidad públicos” se fueron creando edictos que prohibían y castigaban la prostitución, el juego, el escándalo público, la ebriedad, la vagancia y el merodeo. Así, la policía ejercía un fuerte control social sobre los sectores que consideraba sospechosos o moralmente reprochables.

No sólo se permitía que el Jefe de la Policía Federal legislara sobre conductas para las cuales se establecían sanciones penales (multas y arrestos), sino que además la propia policía era la encargada de detener a las personas contraventoras y también de juzgarlas. O sea que una autoridad policial tenía la suma del poder público para perseguir y sancionar penalmente a las personas en la Ciudad de Buenos Aires. Eso, con el agravante de que se podía llegar a la sanción de arresto luego de “declarar” ante la autoridad policial, sin abogado y sin haber

tenido asistencia letrada en ningún momento, lo que ocurría en la mayoría de los casos. En definitiva, en materia de edictos o contravenciones la defensa en juicio prácticamente no existía.

A ello se sumaba que las detenciones por edictos eran una gran caja policial, uno de los instrumentos que tenían muchos policías para recaudar. Si arreglaban con ellos, los dejaban “trabajar” (prostitución, juego, etc.). De lo contrario, eran arrestados, multados y prontuariados.

Sin embargo, en la época previa a la sanción de la Constitución porteña, los edictos eran defendidos públicamente por quienes creían en un Estado ordenador y controlador por sobre un Estado que garantizara derechos y libertades. No sólo la propia policía decía que se le sacaba una herramienta fundamental para su lucha contra la inseguridad, sino que en diferentes medios aparecían voces reclamando por la vigencia de las facultades policiales en materia de edictos para no caer en una situación generalizada de inseguridad. Este debate continuó incluso hasta bastante tiempo después de sancionarse el Código Contravencional, discusión en la que muchos funcionarios nacionales se involucraron tratando de restaurar la vigencia de los edictos policiales.

Para tener una idea de la magnitud del control social ejercido por la Policía Federal en aquel entonces, se puede decir que en la Ciudad de Buenos Aires había más de 400 detenciones diarias por edictos. Estadísticas de la propia Policía Federal indicaban que entre el mes de enero de 1994 y el mes de junio de 1995 hubo más de 170 mil detenidos por edictos en la Capital Federal, la mayoría por “ebriedad” y “vagancia” (ver *Diario de Sesiones de la Asamblea Constituyente*, T. II, p. 935, inserción de la convencional Nilda Garré).

Así se llegó a la Convención Constituyente, en la cual la pulseada política y mediática se definió claramente en favor de garantizar los derechos de las personas frente a la intervención coactiva del Estado. Se decretó la caducidad de todos los edictos y contravenciones en el plazo de tres meses improrrogables a partir de la constitución de la primera Legislatura porteña, plazo que se estableció para que fueran los representantes del pueblo quienes legislaran sobre las contravenciones y no la Policía Federal ni el propio Poder Ejecutivo (ver cláusula transitoria decimosegunda, último párrafo).

En el artículo 13 se establecieron, entre otras cuestiones, los principios que debía respetar la normativa porteña en general y el nuevo Có-

digo Contravencional en particular. Se consagraron límites expresos a la voluntad del legislador.

INCISO 9. DERECHO PENAL DE ACTO

Tal vez el principio más relevante es el que se plasmó en el inciso 9. Allí se prohíbe sancionar en el futuro cualquier norma que exprese o tácitamente establezca peligrosidad sin delito, o que castigue conductas que no afecten derechos individuales o colectivos.

Después de décadas de persecución y castigo a los “vagos”, a los “ebrios” y a los “merodeadores”, entre otros, con el texto constitucional se fulminan las leyes que pretendan castigar a las personas por lo que son y no por lo que hacen. Además, se establece expresamente que no puede castigarse penalmente cualquier conducta, sino sólo aquellas que afecten derechos individuales o colectivos de terceros.

En el texto de la Constitución porteña no se hizo la referencia “al orden y a la moral públicos” que se mencionan en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Fue una omisión intencional para evitar que en el futuro las cuestiones de orden o de moral pública se introdujeran en las leyes porteñas. De ahí en adelante, para castigar una conducta no alcanza con fundamentarla en que afecta el orden o la moral de la sociedad. Es necesario que con esa conducta se vulneren derechos individuales o colectivos (redacción que recoge y precisa lo expresado en el artículo 19 de la Constitución Nacional). El peligro o el daño tienen que estar presentes en el accionar que se pretenda castigar.

Esa exigencia está estrechamente vinculada con la eliminación por disposición constitucional de aplicar sanciones sobre la base de la supuesta peligrosidad de la persona o, dicho de otra manera, del derecho penal de autor.

El Derecho Penal moderno se basa en castigar a las personas por las conductas que realizan y no por lo que son los individuos. Es un límite claro que se ha fijado al poder punitivo del Estado. Ser “vago”, “borracho” o “prostituta” (para tomar características personales que fueron reprimidas por los edictos) no puede ser materia de represión penal o contravencional. Será necesario que esas personas, como cualquier

otra, realicen conductas que afecten a terceros, al menos poniendo en riesgo sus derechos, sean individuales o colectivos.

En síntesis, por mandato del inciso 9 del artículo 13, en la Ciudad de Buenos Aires no podrá perseguirse o castigarse a alguien por ser sospechoso o por ser portador de un estado predelictual, y cuando se describan conductas para ser castigadas deberá contemplarse sin excepción que estas afecten a terceros a través de un daño o de un peligro. Va de suyo que ese peligro no podrá extraerse de las características o perfiles de las personas ni tampoco de un accionar inocuo que se imagine o presienta predelictual.

INCISO 1. LA LIBERTAD COMO PRINCIPIO. FLAGRANCIA

Por su parte, el inciso 1 recoge lo expresado en el artículo 18 de la Constitución Nacional con el agregado de que, en caso de detención por flagrante delito, debe existir una inmediata comunicación al juez. Resulta obvio que el poder coactivo del Estado a través de la policía contempla la detención en caso de flagrancia en la comisión de delito (ver artículo 77, inciso 3, y 78 del Código Procesal Penal de la CABA). Pero en ese caso se obliga a dar inmediata comunicación al juez que corresponda (cfr. artículo 152 del mismo cuerpo legal). Se realizó esta precisión a fin de dejar en claro que quedó en el pasado la facultad policial de detener a las personas por “averiguación de antecedentes” (ver *Diario de Sesiones de la Asamblea Constituyente*, T. II, p. 928, intervención del convencional Eugenio Zaffaroni), otra de las herramientas utilizadas por la policía para detener a las personas a su antojo, “por portación de cara” o por los motivos que fueran. Dicho de otra manera, o hay detención con orden escrita de juez competente o hay detención por flagrancia en la comisión de delito con inmediata comunicación al juez (cfr. artículo 152 del Código de Procedimientos Penal de la CABA).

Al respecto, la Sala II de la Cámara Contravencional declaró la nulidad de la detención de tres personas sospechosas de cometer delito y de todo lo actuado en consecuencia, debido a que la Fiscalía, luego de ratificar su detención por parte de la policía preventiva (artículo 152 del Código de Procedimiento Penal de la CABA), tardó seis horas y media en avisar al juez y lo hizo a las dos y media de la madrugada

mediante correo electrónico (ver fallo del TSJ en el Expte. N° 12606/15 por recurso de inconstitucionalidad denegado a la Fiscalía de Cámara Sudeste, “Maggiolo Caro, Darío Gualberto s/artículo 183 CP”, del 23 de mayo de 2016).

INCISO 11. PROHIBICIÓN DE DETENCIÓN PREVENTIVA EN CONTRAVENCIONES

El inciso 1 se relaciona con el inciso 11, en el que se establece que en materia contravencional no rige la detención preventiva –o sea, no puede haber detención sin condena–. Sólo podrá detenerse a una persona en el caso de que al cometerse la contravención se estuviera produciendo un daño que sea necesario hacerlo cesar o se produjera un peligro “que hiciera necesaria la aprehensión”. En esos casos, continúa el inciso 11, es obligatorio conducir a la persona detenida en forma directa e inmediata ante el juez. La Ley N° 12 de procedimientos en lo contravencional establece con precisión –artículos 19 y 24– la forma en que deberá actuarse cuando una persona sea aprehendida por flagrancia en la comisión de una contravención y se considere necesaria su aprehensión, consultándose “sin demora” al Fiscal.

O sea que en materia contravencional no es posible detener a nadie antes de la condena, ni siquiera con orden judicial. Sólo se permite la detención al momento de cometerse la contravención cuando resultare necesario en virtud de lo establecido en el inciso 11 y también en el caso de ser necesaria la identificación del presunto contraventor, que podrá ser retenido en sede de la Fiscalía hasta por diez horas a ese fin (artículo 36 bis, Ley N° 12).

INCISO 2. PROHIBICIÓN DE RETENER DOCUMENTACIÓN PERSONAL

El inciso 2 establece que en la Ciudad de Buenos Aires nadie podrá retener, por ninguna causa o motivo, los documentos que acrediten la identidad de las personas, lo que solía ocurrir en procedimientos policiales. Este inciso tuvo por objeto respetar el derecho de las personas de contar con el documento que acredita su identidad en todo momento y evitar el abuso policial, que muchas veces terminaba en

coimas a cambio de la devolución de la documentación personal. Quien tiene derecho a retirarse de un procedimiento, tiene el derecho de hacerlo con su documentación personal, lo que prevalece frente a cualquier interés en contrario que tengan los funcionarios policiales o gubernamentales.

INCISO 3. PRINCIPIOS, DERECHOS Y GARANTÍAS

El inciso 3 del artículo 13 recoge los principios del Derecho Penal moderno, algunos de los cuales están consagrados ya en nuestra Constitución Nacional. Este inciso no sólo establece los principios que regirán las leyes de fondo y de procedimientos en la Ciudad de Buenos Aires, sino que fulmina con nulidad “los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos”.

No nos vamos a extender en el análisis de principios contenidos en la Constitución Nacional –legalidad, defensa en juicio y jueces designados por ley antes del hecho de la causa– que tienen larga data y que fueron desarrollados extensamente por la doctrina y la jurisprudencia.

PROPORCIONALIDAD

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires sí recoge, entre otros, el principio de proporcionalidad. Este principio se encuentra incluso en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que, en su artículo VIII, dice: “La ley no debe imponer otras penas que aquellas que son estricta y evidentemente necesarias...”. Se trata de un claro límite al poder estatal no sólo en materia de imposición de penas, sino también en materia procesal y que también alcanza a toda la normativa vigente, incluso la disciplinaria administrativa.

El principio de proporcionalidad se basa en la racionalidad y en una adecuada relación entre el medio utilizado y el fin perseguido. El “clamor mediático o popular” no puede prevalecer por sobre esos principios y ningún hecho menor puede ser sancionado más severamente que uno más grave, aunque exista una necesidad o decisión política o legislativa. Tampoco es posible establecer prohibiciones generales a

conductas inocuas para evitar acciones reprochables (no respetaría el principio de proporcionalidad prohibir la circulación en motocicleta para evitar los robos de los “motochorros”). Cuando se trata de limitar o afectar derechos, el Estado no puede actuar arbitrariamente y está obligado a respetar, entre otros, el principio de proporcionalidad que, en el caso de la Ciudad de Buenos Aires, tiene raigambre constitucional.

SISTEMA ACUSATORIO

Otro de los principios que constitucionalmente se establecen para la Ciudad en el artículo 13, inciso 3, es el del sistema acusatorio. La Ciudad deja atrás cualquier vestigio de procedimiento inquisitivo, escrito, secreto, en el cual el juez es responsable de la producción de la prueba y de su valoración, para consagrar constitucionalmente un procedimiento en el que la oralidad es la regla, el fiscal y la defensa están en pie de igualdad, el juez no está involucrado en las pruebas reunidas y estas valen siempre que se reproduzcan o se realicen en el juicio oral con control de las partes y en presencia del juez que va a fallar. Las leyes procedimentales que se sancionaron en consecuencia respetan estos principios que recoge el sistema acusatorio.

Ha dicho el TSJ que, más allá de la participación del Ministerio Público Fiscal en alguna etapa del proceso de faltas, rige también el sistema acusatorio para el juzgamiento de las faltas (ver Expte. N° 9034/12 “Gassmann, Alicia María” del 11 de setiembre de 2013, voto del Dr. Lozano).

DOBLE INSTANCIA

El principio de la doble instancia ha abierto algunos debates judiciales por su alcance, o no, a la materia contravencional.

En el caso “Martínez, Horacio Daniel s/artículo 68 del Código Contravencional”, Expte. N° 3988 del TSJ, del 3 de octubre de 2005, se dio un debate sobre si el principio del doble conforme se aplicaba también a casos de menor cuantía o contravencionales. El voto del Dr. Julio B. Maier fue en el sentido de excluir el principio de la doble instancia de casos de menor cuantía (en el caso, una sentencia de multa no ejecutable impuesta en segunda instancia luego de la absolución del juez de

primera instancia), citando, a título de ejemplo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), y el Protocolo ampliatorio n° 7 (1984), artículo 2, párrafo II. Ese voto fue consagrado por la mayoría, pero dos de los jueces opinaron que en virtud de lo establecido en la cláusula transitoria 12, inciso 5, párrafo 5° de la Constitución de la CABA, también las contravenciones eran alcanzadas por el principio de la doble instancia (ver votos de los Doctores Lozano y Ruiz). La posición de la minoría es la que nos parece acertada ya que el límite entre casos penales o contravencionales de menor cuantía es muchas veces difuso y garantizar la revisión de una condena, por leve que sea, es una garantía procesal que asegura la defensa en juicio y no provoca ningún desmadre jurisdiccional.

El mismo debate se dio también en el fallo del TSJ “Alberganti, Christian”, del 5 de agosto de 2005.

En materia administrativa, el TSJ sostuvo, con razón, que

... la garantía de la doble instancia prevista en el inciso 3 del artículo 13 CCBA rige en el ámbito penal (y contravencional), pero es ajena al Derecho Administrativo. Es decir, entre las garantías del artículo 13 CCBA, algunas como el debido proceso, son aplicables también a ámbitos distintos del proceso penal o contravencional. Otras, en cambio (v. gr. la doble instancia) sólo a procesos penales y contravencionales. Si así no fuera, el sumario mismo sería nulo por violación del principio acusatorio, y también lo sería la sentencia de cámara, ya que la prueba del proceso fue adquirida (“instruida”) y producida ante el mismo órgano que juzgó el fondo del asunto. La doble instancia depende, en materia contencioso administrativa, de una decisión de política legislativa procesal, pero no es una garantía constitucional del debido proceso” (del voto de la Dra. Alicia Ruiz, en el Expte. N° 7176/10, “Lapenta, Susana Edith c/GCBA”, del 13 de octubre de 2010).

La inmediatez, la publicidad y la imparcialidad a las que también se refiere el artículo están directamente relacionadas con el principio acusatorio desarrollado más arriba.

INCISOS 4, 5, 6 Y 7. DERECHO A SER INFORMADOS SOBRE LOS MOTIVOS DE LA DETENCIÓN. PROHIBICIÓN DE LAS DECLARACIONES DE DETENIDOS ANTE LA AUTORIDAD POLICIAL. PROHIBICIÓN DE INCOMUNICACIÓN Y CONDICIONES DE DETENCIÓN

Estos incisos rompen constitucionalmente con criterios procesales arcaicos y basados en un procedimiento inquisitivo, en el cual el resultado de la investigación estaba por encima de mínimas y elementales garantías procesales.

El derecho a ser informado sobre los motivos de la detención se consagró también legalmente en el artículo 28 del Código Procesal Penal de la CABA. Ese artículo amplía a todo imputado –esté o no detenido– el derecho a la información sobre el proceso y sobre los actos procesales que se realicen en el expediente.

Las declaraciones de los detenidos ante las autoridades policiales quedan prohibidas en la Ciudad de Buenos Aires por disposición de la propia Constitución. Este principio también está recogido y ampliado en el artículo 89 del Código Procesal Penal de la CABA donde se establece que la autoridad policial sólo podrá “dirigirle preguntas (al imputado/a) para constatar su identidad”.

En cuanto a la prohibición de incomunicación, la ley reguló su contenido en el artículo 154 del Código Procesal Penal bajo el título “Restricciones a la comunicación” dando intervención obligatoria al Fiscal.

El inciso 7 del artículo 13 se refiere a las condiciones mínimas que deberán garantizarse a los detenidos por procesos o condenas por causas penales o contravencionales en la Ciudad de Buenos Aires. La Constitución también obliga a los funcionarios públicos a tomar las medidas necesarias cuando se trate de personas con necesidades especiales.

INCISO 8. INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y DE LOS PAPELES Y DE LA CORRESPONDENCIA PRIVADA

Este inciso guarda relación con el artículo 18 de la Constitución Nacional e incorpora con el mismo nivel de protección las comunicaciones telefónicas, los papeles privados y la información personal almacenada. En el mismo sentido, el artículo 12, inciso 3 de la Cons-

titución de la CABA garantiza “el derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana”.

El domicilio, las comunicaciones telefónicas, los papeles personales, la correspondencia o información personal almacenada sólo pueden ser allanados, secuestrados o interferidos por orden de juez competente.

Obviamente, esas situaciones se encuentran reguladas en la ley procesal en la que se establecen los requisitos obligatorios para limitarlos o afectarlos en el marco de un proceso penal.

En caso de allanamiento de morada, se requiere pedido fundamentado del Fiscal ante el Tribunal actuante y se exige que sea en horario diurno, salvo consentimiento del interesado o en “casos sumamente graves y/o urgentes”, lo que deberá explicitarse en el auto que lo ordene (ver artículo 109 del Código Procesal Penal).

La ley también recoge, en su artículo 112, los casos de requisa expresando textualmente que

Cuando hubiera motivos urgentes o situaciones de flagrancia que hicieran presumir que una persona porta entre sus efectos personales o adheridas a su cuerpo o en el vehículo en que circula, cosas constitutivas de un delito o que pudieran haber sido usadas para cometer un delito, las autoridades de prevención podrán disponer que se efectúen requisas personales. De lo actuado deberán dar inmediata noticia a el/la Fiscal, quien lo ratificará o dispondrá la devolución de los efectos incautados.

Como vimos, la situación de flagrancia se encuentra descripta en el artículo 78 del Código Procesal Penal y, conforme al artículo 112 ya citado, la autoridad de prevención puede entonces llevar a cabo una requisa sin orden de autoridad competente, cuando existieran situaciones de flagrancia o motivos urgentes que hicieran presumir que una persona porta las cosas mencionadas en alguno de los lugares reseñados en el artículo 112 y la persona se hubiera negado a “mostrar sus efectos”.

El TSJ analizó profundamente estos supuestos en el Expte. N° 9978/13, “Blanco, Diego Alejandro s/infrac. al artículo 189 bis, ap. 2, párr. 3, portación de arma de fuego de uso civil, CP”, en el que la policía abrió un bolso, sin orden judicial, que había sido arrojado por el imputado en un cantero próximo al lugar del hecho.

En cuanto a los papeles privados o a la información almacenada, su secuestro y lectura, a los fines del proceso, están regulados en los artículos 115 y 116 del Código Procesal Penal. Las escuchas telefónicas podrán ser ordenadas por el juez actuante en los términos del artículo 117 de ese cuerpo normativo y tienen un límite temporal fijado en treinta días sólo posible de ser ampliado en quince días por una sola vez.

INCISOS 10 Y 12. INDEMNIZACIÓN POR ERROR JUDICIAL Y DERIVACIÓN DEL CONTRAVENTOR A UN CENTRO ASISTENCIAL

El principio de la reparación del Estado por decisiones judiciales encuentra consagración constitucional en la Ciudad de Buenos Aires a través del inciso 10 del artículo 13.

No se trata de cualquier error o de alguien que resulta absuelto en una instancia superior luego de haber sido condenado. Se trata de errores groseros y arbitrarios que nunca debían haber llevado, racionalmente, a la condena que se impugna. No son casos de criterios judiciales distintos o diferentes, sino de errores judiciales evitables y manifiestos. Este principio, que ahora tiene relevancia constitucional en la Ciudad, significa quebrar el criterio tradicional de la irresponsabilidad del Estado juzgador por el criterio de un Estado que debe hacerse cargo de los errores de sus funcionarios, incluso de los judiciales, históricamente exentos.

El inciso 12 impone constitucionalmente la forma en que deberá actuarse cuando un presunto contraventor no estuviere en condiciones de estar en libertad por alguna situación física o psíquica. Se trata de supuestos como la ebriedad o intoxicaciones de cualquier origen. Frente a esos casos, el inciso impone una responsabilidad concreta a los funcionarios públicos y es la de conducirlo a un centro asistencial. Esta obligación es recogida en el artículo 20 de la Ley N° 12 de Procedimiento Contravencional.

Artículo 14

Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte.

Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor.

El agotamiento de la vía administrativa no es requisito para su procedencia.

El procedimiento está desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad. Todos los plazos son breves y perentorios. Salvo temeridad o malicia, el accionante está exento de costas.

Los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva.

EL AMPARO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Por Osvaldo Alfredo Gozaíni

EL AMPARO COMO GARANTÍA

En general, el Derecho comparado interpreta el amparo como un proceso constitucional. Lo derivan de las garantías judiciales que las normas fundamentales establecen, cuya finalidad es la protección efectiva de los derechos que ellas disponen.

Este modelo pensado para la defensa de los derechos constitucionales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) está previsto en el artículo 14 de su máximo Estatuto.

La garantía puesta en práctica observa un modelo que no es aplicado por los jueces con simetría técnica. A veces se lo interpreta amplio y permisivo, usando la vía para todo tipo de derechos mencionados en la Constitución. En otras ocasiones se reduce y simplifica la cuestión constitucional y se limita sensiblemente el instrumento sobre la base de considerar que el amparo es un remedio subsidiario de otras vías judiciales más idóneas.

La cuestión, lejos de constituir una opción preferente para el juez o tribunal que debe entender en un juicio de amparo, representa mucho más que un dilema de naturaleza procedimental. En los hechos configura un modelo a seguir para la tutela judicial de las garantías fundamentales y, en este sentido, es evidente que debe ponerse en línea con el sistema político e institucional del Estado.

No queremos afirmar con ello que el pensamiento político defina el accionar de los jueces. Todo lo contrario, se trata nada más que de advertir cómo desde una garantía esencial para los derechos se puede vulnerar el acceso a la Justicia y dejar sin control efectivo al poder discrecional de la autoridad.

Sin analizar la Constitución, el proceso de amparo se dirige hacia derechos fundamentales, más allá de si están constitucionalizados (es decir, incorporados en las declaraciones y garantías de una Constitución) o provienen de derechos implícitos o impuestos por instrumentos de tutela supraestatal, como los Tratados Internacionales sobre derechos humanos.

El concepto mismo de derechos fundamentales encuentra, actualmente, una concepción más abarcativa que la habitualmente acotada a los derechos y garantías constitucionales. Ferrajoli, por ejemplo, los define como derechos universales e indisponibles de la persona física, del ciudadano o del sujeto capaz de obrar, en oposición a los derechos patrimoniales, definidos, como derechos singulares y disponibles.¹

Esta idea no recibe oposiciones esenciales, más allá de precisiones como las que sostiene Zolo cuando advierte que la universalidad e indisponibilidad de un derecho, es decir su carácter fundamental, y por otro lado su rango constitucional son, de hecho, los instrumentos de protección identificados por la teoría como aquellos a través de los

1. Ferrajoli, Luigi, "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2ª ed., 2005, p. 139.

cuales se tutelan determinados intereses, valores o expectativas (individuales y de grupo).²

La defensa de los derechos se instrumenta desde los ordenamientos procesales, de modo tal que resulta necesario diferenciar el amparo como garantía procesal de los derechos humanos, del *derecho al amparo*, que pertenece a toda persona que requiere la asistencia legal de sus derechos por medio de un recurso rápido y efectivo.

Esta distinción es necesaria para evitar que el amparo continúe siendo visto como un proceso excepcional y extraordinario, pues la esencia de su mensaje es la protección inmediata y efectiva (amparar) contra cualquier amenaza o lesión a un derecho fundamental.

La continuidad del *amparo-proceso* sirve como excusa para evitar el juzgamiento, mientras que el *derecho al amparo* logra asegurar ese cauce mencionado para la tutela efectiva de los derechos humanos.

El obrar como garantía (derecho al amparo) modifica el emplazamiento del proceso tradicional, pues además de reconocer en la letra expresa del texto local fundamental ese cambio trascendente, requiere que la garantía se consolide en un proceso “rápido y expedito”.

Este modelo en Europa suele capturarse como una *garantía procesal cualificada* porque, cuando se trata de la protección de los derechos fundamentales, existe una especie de determinación constitucional que tiene la forma de un mandato dirigido al legislador para que actúe en consecuencia de las promesas de tutela y, al mismo tiempo, una suerte de resistencia frente a la legislación inconstitucional.

En este sentido, afirma Jiménez Campo que la garantía que tiene el amparo constitucional significa que, si bien para su aplicación se necesita una ley orgánica, ello no impide que se actúe un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad destinados a desarrollar un mecanismo de asistencia para los derechos fundamentales. Por eso puede verse en la Constitución un derecho de *acción procesal* –ordinaria o constitucional– para la defensa de los derechos fundamentales allí relacionados.³

2. Zolo, Danilo, “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales (A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli)”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2ª ed., 2005, p. 75 y ss.

3. Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Conceptos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 83.

EL AMPARO COMO PROCESO

En la Constitución que analizamos, la protección y defensa de los derechos es propiamente jurisdiccional. El amparo constituye una vía idónea para solicitar la protección de los derechos fundamentales.

Es cierto que el artículo 113 de la Constitución dice:

Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer:

1. Originaria y exclusivamente en los conflictos entre los Poderes de la Ciudad y en las demandas que promueva la Auditoría General de la Ciudad de acuerdo a lo que autoriza esta Constitución.
2. Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior.
3. Por vía de recursos de inconstitucionalidad, en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución.

El conjunto se compenetra de un piso de marcha común a todo tipo procesal, casi diseñado como un modelo que pretende individualizar las reglas y principios que por su condición de *presupuestos generales* no pueden variar conforme el sistema al que adscriban.

Se trata, en definitiva, de ver cómo por medio del derecho al amparo *como proceso debido* se puede instruir una serie de principios transmisibles a cualquier ordenamiento adjetivo, a título de regulación universal.

La formulación del derecho al proceso debido adquiere una dimensión supranacional propiciada tanto por la actitud del constituyente en llamar a las normas internacionales de protección de los derechos fundamentales, como por el comportamiento de los Estados de adherirse con entusiasmo a los convenios internacionales, de manera que la remisión a sus preceptos se torna habitual.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que

Ese deber de organizar el aparato gubernamental y de crear las estructuras necesarias para la garantía de los derechos está relacionado, en lo que a asistencia legal se refiere, con lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención. Este artículo distingue entre acusación[es] penal[es] y procedimientos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Aun cuando ordena que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías por un juez o tribunal en ambas circunstancias, estipula adicionalmente, en los casos de delitos, unas garantías mínimas. El concepto de debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, esas garantías mínimas. Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal.⁴

Ahora bien, la implementación de reglas genéricas sólo es posible si ellas se instrumentan como auténticas *garantías*, evitando de este modo interpretaciones variables o interesadas.

El modelo previsto en el artículo 14 no sostiene un procedimiento particular, sino un derecho a la tutela judicial efectiva mediante un proceso simple y abreviado, que resuelva el derecho a ser oído en un plazo razonable, y con las demás garantías contenidas por el Derecho Procesal transnacional respecto al debido proceso.

DIFICULTADES DEL AMPARO LOCAL

El proceso de amparo tiene asimetrías en las formas previstas para su desarrollo. El punto neurálgico de las diferencias aparece con las libertades que se otorgan a los jueces para actuar y las posibilidades de concretar un trámite rápido y expedito, que no siempre es la regla.

El régimen local establece las siguientes coberturas para el proceso de amparo y son:

- a) Amparo contra actos u omisiones de autoridades públicas.
- b) Amparo contra actos u omisiones de particulares.

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso “Suárez Rosero”, sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C n° 35, párrafos 76 -78.

c) Amparo contra la inconstitucionalidad de las leyes.

Cada uno define categorías porque, conforme sean procesos singulares o colectivos (artículo 27, Ley N° 2145), el amparo podrá ser recurso, remedio, petición, acción, juicio, derecho, pretensión o proceso. En todos los casos se lo estudia como una garantía procesal, pero el *nomen juris* no está esclarecido. ¿Resulta importante? Creemos que sí.

La distinción es trascendente para saber, por ejemplo, si los motivos para rechazar el amparo *in limine litis* son procesales, sustanciales o constitucionales; para resolver qué tipo de intereses se defienden y el rol operativo que ha de desarrollar el Estado en el conflicto; o, en su caso, para decidir qué pretensiones pueden argumentarse, etc.

La Ley reglamentaria N° 2145 establece reglas y principios procedimentalistas, que tienen como pauta elaborar técnicas restrictivas que hacen del amparo un proceso demasiado discrecional. La inclusión en la Carta Fundamental tiene suma importancia pues le otorga un carácter distinto al de simple reglamento. Se instala como un derecho operativo que puede funcionar inmediatamente.

Sin embargo, suele suceder que esta previsión no resulta suficiente para dotar de eficacia y celeridad al amparo. Como se advierte, la seguridad que el amparo propicia puede quebrarse si el instrumento procesal es deficitario.

Por eso, es preciso traer a colación el paradigma de la rapidez que aspira concretar el nuevo sistema amparista. El recurso sencillo y rápido al que aluden las convenciones internacionales depende, en gran medida, de lo que el Derecho Procesal presente y de que a través suyo pueda orquestarse la debida protección que se persigue.

No olvidemos que la promesa esencial del amparo-proceso consiste en habilitar una vía contenciosa que haga justiciable a la misma Constitución, tanto en los derechos que hacen las veces de pilares para los derechos del hombre como por la idea de lograr que ella misma se supere con la evolución de la sociedad.

Lo cierto es que a partir de este entramado de nuevos derechos, se produce un impacto en los procesos judiciales que altera el sentido tradicional de la *juris dictio* (decir el derecho). Cuando el amparo es la vía judicial más efectiva para el control de constitucionalidad, la problemática de la supremacía significa una alteración. El cambio proviene tanto de

las normas legales que imponen las Constituciones locales, como de las normas *supra* legales que llegan desde la justicia transnacional.

Esta fisonomía arrastra, al menos, dos consecuencias:

a) Se posterga el dogma del principio de legalidad, según el cual el juez sólo debe aplicar la norma vigente y reglamentada porque, con el *bloque de constitucionalidad* tiene argumentos aumentados, que no necesitan estar por escrito en el Derecho interno ya que son normas operativas que se reconocen a través de la simple aceptación otorgada por una norma constitucional.

b) El proceso judicial se resuelve con una cobertura diferente, que incide en el litigio tradicional. Es probable que las reglas persistan, pero los contenidos del *debido proceso* se amplían dando una estructura de base distinta, que acondicionará la clásica controversia entre partes.

En suma, ambos extremos suponen augurar una extensión en los poderes y deberes jurisdiccionales, por un lado al tolerar que el juez motive sus decisiones en normas, principios, valores y jurisprudencia que ingresan al ordenamiento jurídico por esta vía constitucional; y por otro lado, ya que con la constitucionalización del proceso se crean condiciones que aumentan las garantías naturales que tiene el *debido proceso*.

En resumen, trabajar con un bloque homogéneo de normas locales y transnacionales significa variar una tradición ideológica y, al mismo tiempo, un compromiso para dar mayor eficacia y confiabilidad al sistema de garantías y protección de los derechos. No se trata solamente de evitar la arbitrariedad o la sin razón; el ideal moderno lo emplaza con una dinámica que diluye la fijación de contenidos.

Esto tiene, en consecuencia, un carácter o una condición progresiva, donde lo trascendente es impulsar el activismo responsable de los jueces como únicos instrumentos humanos eficaces para la protección de los derechos humanos.

En esencia, no habrá controversia entre partes donde no existan derechos constitucionales en juego. Partiendo de esta simple observación, no sería posible concluir de otra manera que no sea aquella que permita a todos los jueces resolver en cuestiones constitucionales.

Ahora bien, ¿este conjunto de garantías opera como sistema o cada cláusula nueva que integra es independiente? La respuesta, creemos, está en ambos frentes.

De este modo, el hecho de que los retrasos no sean imputables a conducta dolosa o negligente alguna, sino al exceso de trabajo que pesa sobre determinados órganos judiciales, puede exculpar a los jueces y magistrados de toda responsabilidad personal, pero no priva a los ciudadanos del derecho a reaccionar frente a los retrasos, ni permite considerarlos inexistentes. Dicho con mayor exactitud, no autoriza a considerar que la dilación es justificada sin prueba alguna de que se ha intentado agotar todos los medios que las circunstancias permiten para evitarla.

La normativa vigente ha de interpretarse en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues aunque las formas y requisitos del proceso cumplen un papel de capital importancia para su ordenación, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución, con repudio de formalismos enervantes contrarios al espíritu y a la finalidad de la norma. Debe tenerse en cuenta a su vez que no puede dejarse al arbitrio de cada parte el cumplimiento de los requisitos procesales y la disposición del tiempo en que ha de cumplirse.

Una clara finalidad del sistema creado es suministrar un remedio que revise las acciones del Estado frente a los compromisos asumidos al ratificar los tratados e incorporarlos a su derecho interno. Por tanto, la misión de estos sistemas de protección a los derechos humanos no piensan ni se detienen en sistemas procesales, sino en el conjunto de garantías aceptadas como reglas mínimas que ningún Estado puede interpretar a su antojo.

CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

Amparar es defender, tutelar, proteger o simplemente garantizar los derechos a los que se sirve. La garantía es un derecho en sí mismo, pero en funcionamiento puede actuar preventivamente para evitar u obstaculizar amenazas al ejercicio pleno de un derecho, o bien asumir acciones de reparación, cuando la lesión se ha concretado.

En ambos casos, la garantía se materializa en cualquiera de estas posibilidades: a) en una estructura orgánica (v. gr.: división de poderes), b) en un proceso judicial, o c) en reglas procesales.

Es por ello que *el proceso* ha sido definido como la verdadera garantía de los derechos humanos, por cuanto tiene en sí un sentido de universalidad: “para todos los derechos y para cualquier hombre”.

El problema práctico radica en lograr que dicha universalidad se verifique realmente: que todos tengan acceso al proceso y que este sirva para asegurar cada derecho.

Aquí es donde se ubica concretamente el amparo como un derecho diferenciado, por su finalidad y por su esencia. Este último es el reducto de la Ley de Amparo N° 2145, cuyo artículo primero remite al artículo 14 de la Constitución y su artículo 2 establece:

La acción de amparo es expedita, rápida y gratuita y procede, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte.

Desde una perspectiva dogmática, el amparo es antes que un remedio procesal, una garantía concreta para los derechos del hombre. Su tipo es abstracto, es decir que no necesita concretar la demanda para resolver su protección. Por eso, el amparo es al mismo tiempo una figura preventiva.

La acción de amparo procede cuando, aun existiendo otros medios legales ordinarios, ellos no reportan la seguridad que para los derechos se necesitan, de forma tal que una actuación condicionada a ese tránsito puede ocasionar un grave e irreparable daño. La urgencia no es el único argumento para la procedencia directa del amparo; el derecho a tener un proceso rápido y expedito queda sujeto a que no exista una vía judicial más idónea.

El amparo es básicamente un proceso constitucional, un mecanismo de asistencia y protección a los derechos fundamentales. Su naturaleza garantista no se afina en derechos sustanciales, sino en libertades esenciales para los derechos humanos, que requieren de un trámite breve, sencillo, rápido y eficaz.

A partir de estos enunciados es preciso ir definiendo las nociones de: acto; omisión; autoridad pública; actos de particulares; actualidad; inminencia; amenaza; lesión; restricción; alteración; arbitrariedad; ilegalidad; manifiesta; alcance de los derechos a proteger.

ACTO LESIVO

La defensa que el amparo dispensa se basa en actos que revisten una condición determinada (ilegalidad o arbitrariedad). Sin embargo, el término necesita alguna precisión adicional porque los antecedentes normativos indican que en sus orígenes se prefirió conceder la protección contra toda “conducta, hechos u omisiones”.

En realidad, perseguir una definición precisa resulta bastante difícil ya que los sectores dogmáticos del Derecho tampoco están de acuerdo sobre una voz inequívoca que comprenda el significado de la acción.

Acto es el género de una diversidad de manifestaciones posibles, que van desde el hecho positivo que demuestra sin problemas de evidencia el daño potencial o efectivamente sufrido, hasta los hechos negativos, que suponen una conducta deliberada, consciente y voluntaria de no hacer lo que debe hacerse.

Con esta amplitud de criterio se eluden problemas innecesarios, como son la distinción entre hecho y derecho o el esclarecimiento acerca del alcance que tiene la calidad de una conducta determinada.

OMISIÓN

La omisión se refiere a la falta de acciones tendientes a cumplir una obligación constitucional de expedirse o a la inejecución de conductas intrínsecamente agresivas hacia los derechos de una o varias personas.

Suele explicarse este tipo de apertura al amparo como una atención especial al *hecho negativo*; es decir, las abstenciones o silencios que cercenan un derecho o una libertad determinada.

Con el proceso se logra poner de manifiesto esa ausencia de interés por el cumplimiento y la sentencia probable que responda a la preten-

sión deducida se convierte en sí misma en un mandamiento de ejecución (que es el *writ of mandamus* del derecho anglosajón).

Ahora bien, la omisión puede resultar de una actitud voluntaria (por ejemplo, no dictar las normas reglamentarias de una ley declarativa de derechos) o ser producto de la negligencia o deliberada inacción de quien debe obrar en tal sentido (v. gr.: no resolver las denuncias sobre un tema planteado oportunamente, donde se afecten derechos o intereses particulares).

Las posibilidades aumentan cuando se observa el problema desde el prisma de la intervención del Estado en los actos humanos que, por vía de principio, sólo están sujetos a una autoridad moral. En estos casos, la actuación puede invadir la esfera de la privacidad de alguien procurando –eventualmente de buena fe– resolver la crisis del grupo (v. gr.: la permisión de cámaras ocultas para ordenar el tránsito).

En suma, la omisión tiene distintas manifestaciones:

a) El amparo funciona cuando una persona pública o privada debe ejecutar un acto concreto y no lo hace a su entera discreción. La vía, en este supuesto, pretende lograr que la sentencia judicial ordene la ejecución del hecho omitido.

b) También procede cuando existe omisión en dictar una decisión oportuna y la tardanza en concretarlo provoca un gravamen irreparable. En este caso se trata del llamado *amparo por mora de la administración*.

c) Una opción a debatir es si el amparo procede contra la omisión legislativa; esto es, contra la inactividad del poder legisferante en la producción de normas que la sociedad reclama para tutelar y defender sus derechos y libertades (v. gr.: el clamor actual por una política de seguridad o la reglamentación de los nuevos derechos y garantías consagrados en la reforma constitucional que aún esperan las sanciones legales respectivas).

AUTORIDAD PÚBLICA

La Constitución permite oponer el amparo contra los actos provenientes de las *autoridades públicas*, a quienes se imputa el gravamen a los derechos fundamentales.

El problema radica en la ambigüedad del término y la distinta extensión con la que puede interpretarse. Podrá ser cualquier funcionario de la Administración Pública, sólo aquellos que tienen facultades decisorias, los jueces y funcionarios del Poder Judicial –en la medida en que también son autoridades públicas– o todo aquel que pertenece al aparato estatal.

La amplitud no es posible porque no se pueden entender como actos públicos las resoluciones emitidas por la función judicial. En cambio, se admite cuando los actos emitidos por los poderes legislativo y jurisdiccional resultan propios de sus acciones administrativas.

ACTOS DE PARTICULARES

Cuando el acto lesivo no proviene de alguna autoridad pública en el sentido amplio antes comentado, la lesión constitucional trabaja por exclusión de los sujetos para dispensar una protección exclusiva al derecho afectado.

Esto quiere decir que si la amenaza, restricción o alteración llega por la acción u omisión de una persona que no inviste autoridad alguna pero que ejerce por sí misma el acto privado ilegítimo o inconstitucional, el amparo se dirige contra esa persona con idénticas finalidades tuitivas.

El acto de particulares, en estos términos, pareciera inconfundible; en consecuencia basta analizar el carácter del agravio para considerar o no la admisión del amparo.

De todas formas, existen personas privadas –jurídicas o físicas– que ejercen autoridad y pueden someter con sus propias decisiones a otros, afectándolos en similar medida a como lo haría el Estado y provocando alguna duda acerca de cuál es el mecanismo de protección a elegir.

Sin embargo, actualmente no existe esta incertidumbre porque el amparo es una vía directa contra cualquier acto lesivo, que puede traer complicaciones si queda establecida la necesidad de transitar por una vía concurrente o previa, en cuyo caso la relación jurídica que se entabla entre la autoridad privada y el sujeto afectado es diferente a la tradicional.

ACTUALIDAD

La actualidad en el perjuicio supone la permanencia del acto lesivo al tiempo de resolver el amparo. De otro modo, la cuestión carece de interés por haber devenido abstracta y puede, en ese caso, ser solucionada por otras vías judiciales de menor urgencia y expeditividad.

La vigencia del agravio se debe a que el amparo no es un proceso de revisión –es decir, *no juzga hechos pasados*–, sino que restablece la legalidad de las conductas y el ejercicio de los derechos.

El parámetro sobre la actualidad se mide al momento de dictar sentencia, de forma tal que si el daño se ha producido y el amparo ya no puede evitarlo, no será esta la vía más idónea para reclamar la restauración constitucional.

Va de suyo que la admisión de la vía del amparo no puede fundarse exclusivamente en la opinión desfavorable que al interesado pueda merecerle el procedimiento ordinario o su celeridad, sino que es necesario conciliarlo con una ponderación objetiva, equilibrada y prudencial acerca de la idoneidad de las vías comunes.

La actualidad del perjuicio y, de este modo, la admisibilidad formal y procedencia del amparo resultan incuestionables cuando el bien jurídico afectado y el grave peligro, que importaría mayores demoras en las largas tramitaciones burocráticas, determinase que la acción judicial entablada fuera el único recurso idóneo al alcance del afectado.

INMINENCIA

La inminencia supone proximidad, cercanía o inmediatez con la producción del acto lesivo, y se funda en algo más que una mera conjetura. Es decir, el proceso de amparo no está para dar explicaciones de carácter dogmático o esclarecedor de situaciones ambiguas en la inteligencia de un derecho o garantía previsto en la Constitución. Se requiere de quien ejerza la función jurisdiccional, el estudio previo de las circunstancias y su actualidad.

Lo expuesto indica por qué a través del amparo no se persiguen beneficios restitutivos, sino en la medida de la subsistencia de las conductas arbitrarias o ilegítimas.

Dado que en este aspecto no existen variaciones significativas, lo trabajado hasta el presente por la doctrina y jurisprudencia es por demás suficiente. Por ejemplo, si fue dictada una medida por la cual se ordena la clausura de un establecimiento comercial a través de un órgano que no tiene facultades para hacerlo y el acto aún no se ejecuta, queda de manifiesto la proximidad de ocurrir y, en tal caso, el amparo hace las veces de proceso destinado a controlar la legalidad de dicha medida.

La presunción no basta para fundamentar la operatividad del amparo, pues los hechos inciertos o eventuales no tienen la fehaciencia necesaria que acredite la producción del acto que se pretende evitar.

El requisito de lesión o amenaza actual o inminente excluye la admisibilidad del amparo ante la mera existencia de opiniones o dictámenes emitidos en el procedimiento preparatorio de la voluntad administrativa, ya que ante la falta de inminencia en el agravio, el planteo del amparo es meramente conjetura.

Finalmente, cabe apreciar este recaudo con la misma amplitud que han de tener todos los presupuestos de admisibilidad del amparo, actuando más con sentido común que con rigorismo técnico.

AMENAZA

La otra cara del acto lesivo es la amenaza. Así como de una parte se exige en quien reclama que acredite el daño sufrido a través de la ejecución del hecho ilegítimo o inconstitucional, en la especie se trata de ver en forma clara e inequívoca la misma crisis, pero aún no concretada. Esto quiere decir que la amenaza ilegal, a los fines de habilitar la acción de amparo, debe ser de tal magnitud que ponga a los derechos en juego en peligro efectivo e inminente.

La amenaza se puede concretar en vías de hecho, como resulta la intimación efectuada por un organismo público en la que anuncia la clausura del local, si en el plazo que se le fija en la comunicación no cumple con las obligaciones fiscales pendientes.

También es posible plantear el amparo como amenaza basada en una fuerte probabilidad de concreción, aun sin mediar el acto lesivo concreto, cuando el pago impuntual o el incumplimiento directo de

abonar un servicio público prestado lleva el riesgo implícito del corte de suministro y la omisión de cumplimiento se debe a un error probable de facturación. En estos supuestos, el principio *solve et repete* se puede considerar como improcedente frente a la clara redacción del artículo 14 de la Constitución, que evita el tránsito por vías previas inútiles a los fines que se pretenden evitar.

En los derechos de incidencia colectiva, el concepto de amenaza encuentra mayores posibilidades porque se desplaza la noción de afectación directa por la de derechos colectivos amenazados, que se deben resguardar en la acción tutelar prevista.

LESIÓN, ALTERACIÓN O RESTRICCIÓN

Todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares es materia objeto del juicio de amparo, siempre que esas actitudes “lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” los derechos constitucionales reconocidos o implícitos, o provenientes de leyes y tratados.

Debe precisarse en esta etapa la calidad del acto lesivo (arbitrario o ilegítimo) y la forma en que se produce la afectación.

Lesión es un término genérico que abarca las derivaciones siguientes, que corresponden a la alteración o la restricción. Lesionar supone ocasionar un daño específico, mientras que la *alteración* se vincula con cambios o transformaciones generados en el derecho fundamental, y *restricción* quiere decir reducir, disminuir, impedir o limitar el ejercicio de la garantía consagrada.

Estos comportamientos pueden ser directos y expresarse en actitudes positivas que los expongan manifiestamente o provenir de la amenaza que tenga entidad suficiente como para resultar cierta y grave.

En ambos casos, se agrega otro recaudo que es la actualidad del perjuicio –al que nos referimos anteriormente–, pues el gravamen debe existir tanto al tiempo de incoarse la acción de amparo, como cuando se pronuncie la sentencia.

La calidad del acto lesivo es una cuestión que se debe estudiar caso por caso, toda vez que el amparo es una acción de reparación o restitución de derechos constitucionales, y por ello es el único proceso constitucional

que presenta el marco adecuado para el ejercicio del control constitucional por el juez. De lo contrario, muchos actos del poder público o de particulares que se amparen en una ley, decreto u ordenanza de carácter general no serían susceptibles de control por vía del amparo.

ARBITRARIEDAD O ILEGALIDAD

Los presupuestos de “ilegalidad”, “arbitrariedad” y “manifiesta” aparecen en el artículo 14 y reiteran las premisas conocidas en leyes de amparo comparadas.

Ninguno de estos conceptos son sinónimos, pero aplicarlos aisladamente puede originar graves desavenencias, naturalmente contrarias al sentido de unidad que tiene cualquier ordenamiento jurídico.

Ilegalidad supone algo que es contrario a la ley y, por tanto, ilícito. Para ser ilícito un acto o hecho jurídico requiere actividad y concreción, pero también puede surgir de la amenaza o ante la inminencia comprobada que manifieste su posibilidad de agresión. La ilegalidad tiene así un rostro posible y otro solapado, pero ambos se combaten a través del instituto del amparo.

Ahora bien, la ilegalidad por sí sola autoriza la defensa de la Constitución, por la cual se persigue retornar a un Estado de Derecho, en tanto es ilegal, justamente, *lo contrario a Derecho*. Pero la ilegalidad puede ser manifiesta –es decir, evidente, indudable, absolutamente clara, ausente de incertidumbre alguna– o bien ser producto de una interpretación equívoca –irracional, de ostensible error, de palmario vicio en la inteligencia asignada–, casos en los cuales dicha ilegalidad asume la forma de *arbitrariedad*.

Lo cierto es que con la actual redacción del derecho de amparo, la ilegalidad manifiesta, sea o no arbitraria, encuentra un nuevo integrante en la familia de actos lesivos posibles de provocar el gravamen constitucional.

La facultad asignada al órgano jurisdiccional indica precisamente que “Los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva” potenciando criteriosamente el poder amparista y ubicándolo como un logrado proceso constitucional.

El requisito de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas previsto para la procedencia de la acción de amparo no implica que el vicio deba ser de tal magnitud que pueda reconocerse sin el menor análisis, sino que la restricción de los derechos sea claramente individualizada por el actor, que se indiquen con precisión los derechos lesionados, que resulte verosímil su existencia y que pueda evidenciarse con nitidez en el curso de un breve debate.

La arbitrariedad concluye en el sentido de falta de justicia, es decir, en la evidencia de que una conducta arbitraria es una conducta injusta. En la medida en que haya arbitrariedad e ilegitimidad (esto es, injusticia), la acción de amparo puede ser instrumentada para cuestionar un mayor número de actos u omisiones.

A su vez, la ilegalidad del acto radica en la oposición que expone frente a normas de rango superior y, especialmente, a la Constitución Nacional, no obstante que se diga o mencione su apoyo en otras leyes (son, en términos del recurso extraordinario, las cuestiones federales las que motivan su admisión).

ILEGITIMIDAD

La legitimidad es un concepto más amplio que la legalidad porque agrega un juicio de justificación de algo o de alguien, y ello ocurre cuando de manera plena se conjugan tres condiciones: que la conducta estudiada sea sustancialmente justa (justificación en función de los valores), lícita (justificación por la legalidad) y socialmente aceptada (justificación social).⁵

Es verdad que la ilegitimidad supone calificar algo más que la simple ilegalidad: sumado al hecho comprobado de la actitud contraria a derecho, se analizan la racionalidad de las decisiones, la valoración efectuada, las proyecciones que tiene, los efectos que produce y, en suma, la justicia que del acto surge.

Pero también es cierto que muchas veces un acto lesivo surge de comportamientos ajustados a derecho que, siendo legales (por su encuadre

5. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional - Amparo*, Buenos Aires, Astrea, 5ª edición, 1995, p. 134.

de iure), son ilegítimos por no estar respaldados por la razonabilidad y criterio de justicia que todo acto constitucional porta intrínsecamente.

El amparo por omisión de dictar las normas reglamentarias que la Constitución manda sería suficiente para acordar derechos sustentados en la dimensión tuitiva del artículo 14, pero no por ilegalidad, sino por ilegitimidad. Se califica la conducta y sus efectos perniciosos, más que el hecho negativo causante de la omisión.

En suma, en materia de amparo, el vocablo *ilegitimidad* se utiliza para calificar a los actos susceptibles de ser atacados por esta vía y tiene una significación más amplia que el de ilegalidad, en tanto no apunta a la conformidad del acto con la ley material, sino que señala la justificación del acto, en definitiva la *justicia* del acto, concepto que está cubierto en la letra del texto constitucional –tanto nacional como provincial– con el término *arbitrariedad*.

La arbitrariedad, en definitiva, se hace presente en aquellos actos que, aunque legales, carecen de justicia por ser contrarios al derecho fundamental ínsito en los principios constitucionales sobre garantías individuales, en la declaración de los derechos humanos y en las reglas de la lógica jurídica aplicables a los derechos fundamentales.

GRAVEDAD MANIFIESTA

La exigencia de gravedad puso dudas, en algún momento, acerca de la admisibilidad de amparo. Se pensaba que no sólo el acto lesivo debía ser manifiestamente arbitrario o ilegal, sino que también debía estar revestido de una gravedad evidente, sin la cual no era posible admitir la acción en virtud de necesitar mayor debate y prueba.

La redacción del artículo 14 impide confusiones: “todo acto u omisión” que implica una restricción, lesión, alteración o amenaza tiene en sí misma implícita la gravedad que antes era exigida.

En los hechos, importa más la evidencia notoria que sustenta la demanda constitucional, que reportar el daño que con el acto lesivo se provoca. Es decir, hay que advertir lo *manifiesto* antes que la gravedad que tiene el hecho.

La gravedad manifiesta que torna admisible la acción de amparo se da siempre y cuando aparezca con grado de evidencia la lesión o amenaza a un derecho de las personas, dentro del marco de apreciación que permite la naturaleza sumaria de la vía escogida.

A falta de prueba directa, el juez puede hacer uso de presunciones que se deben ponderar de acuerdo a las reglas de la sana crítica y estas deben estar avaladas por indicios que permitan prudentemente pasar de un hecho conocido a uno desconocido.

Artículo 15

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, en cualquier situación y por cualquier motivo, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición de personas, la acción de hábeas corpus puede ser ejercida por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez debe resolver dentro de las veinticuatro horas, aun durante la vigencia del estado de sitio. Puede declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva.

EL HÁBEAS CORPUS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Por Juan Sebastián De Stefano

Hablar del presente artículo es hacer referencia al artículo 43 de la Constitución Nacional y a la Ley Nacional N° 23098. En dichas normas se encuentra consagrada la acción que nos compete. Ahora bien, ¿cómo se pone en funcionamiento? Lo cierto es que su puesta en práctica no ha sido tan lineal y merece ciertas consideraciones que iremos desarrollando.

Resulta importante manifestar que

... la privación de libertad (...) se caracteriza por ser un acto de autoridad pública que implica la permanencia de una persona en un lugar público o privado donde no puede disponer de su libertad ambulatoria. La legislatura local asignó a las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) el estatus normativo de ley (artículo 12, Ley N° 114) y la consideró parte integrante del conjunto de ‘principios que deben observarse en la aplicación’ del sistema procesal penal juvenil (artículo 8, Ley N° 2451).

Las Reglas de Beijing establecen que

... por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública (regla 11.b).¹

Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas,² en su disposición general, sostienen que la locución “privación de libertad” significa:

... cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control *de facto* de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria.

Asimismo, en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos se establece que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano

1. Hábeas corpus colectivo interpuesto por la Asesora General Tutelar Laura Musa y el Asesor Tutelar Carlos Bigalli, que busca impedir la detención de menores en dependencias policiales. Disponible en: http://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/Acci%C3%B3n%20de%20oh%C3%A1beas%20corpus%20por%20privaci%C3%B3n%20de%20libertad%20en%20dependencias%20policiales%20de%20personas%20menores%20de%20edad%2012_2008_1.pdf

2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, Washington, 2008. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

por las constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.³

Numerosos tratados internacionales contemplan la situación de aquellos individuos que han sido privados de su libertad en referencia a las condiciones mínimas que deben respetarse. En este sentido, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece, en sus principios generales, que

I. Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad. Se les protegerá contra todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona. No se podrá invocar circunstancias, tales como estados de guerra, estados de excepción, situaciones de emergencia, inestabilidad política interna, u otra emergencia nacional o internacional, para evadir el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de trato humano a todas las personas privadas de libertad.

II. Toda persona privada de libertad será igual ante la ley, y tendrá derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia. Tendrá derecho, además, a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquellos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad (...).

III. (...) Por regla general, la privación de libertad de una persona deberá aplicarse durante el tiempo mínimo necesario (...).

3. Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.cidh.org/basicos/spanish/basicos2.htm>

IV. Nadie podrá ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones establecidas con anterioridad por el derecho interno, toda vez que sean compatibles con las normas del Derecho Internacional de los derechos humanos. Las órdenes de privación de libertad deberán ser emitidas por autoridad competente a través de resolución debidamente motivada (...).

V. Toda persona privada de libertad tendrá derecho, en todo momento y circunstancia, a la protección de y al acceso regular a jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales, establecidos con anterioridad por la ley (...). Para determinar el plazo razonable en el que se desarrolla un proceso judicial se deberá tomar en cuenta: la complejidad del caso; la actividad procesal del interesado; y la conducta de las autoridades judiciales.

VI. Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán garantizar los medios necesarios para el establecimiento y la eficacia de las instancias judiciales de control y de ejecución de las penas, y dispondrán de los recursos necesarios para su adecuado funcionamiento.⁴

En los principios del VIII al XIX se establecen ciertos parámetros mínimos a respetar relacionados con las condiciones de la privación de la libertad. Por último, el principio XXV dispone que

Con el fin de respetar y garantizar plenamente los derechos y las libertades fundamentales reconocidas por el sistema interamericano, los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán interpretar extensivamente las normas de derechos humanos, de tal forma que se aplique en toda circunstancia las cláusulas más favorables a las personas privadas de libertad...⁵

4. En este sentido, en el hábeas corpus colectivo interpuesto por la Asesora General Tutelar Laura Musa y el Asesor Tutelar Carlos Bigalli, *op. cit.*, se ha sostenido que: “el control de legalidad de los actos de la administración pública que afecten o pudieren afectar derechos, garantías o beneficios reconocidos en favor de las personas privadas de libertad, así como el control judicial de las condiciones de privación de libertad y la supervisión de la ejecución o cumplimiento de las penas, deberá ser periódico y estar a cargo de jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales”.

5. CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, *op. cit.*

En torno a su ejercicio, la acción de hábeas corpus del artículo 15, como mencionamos *ut supra*, tiene su correlato a nivel nacional en el artículo 43 de la Constitución y en la Ley N° 23098, que regula su práctica.

De las mencionadas normas surge que no resulta exigible el recaudo de legitimación y que “cualquier persona” puede instar la acción a favor del afectado, con fundamento en que el objeto de ese tipo de procesos es la protección de la libertad ambulatoria de quienes, por encontrarse privados de ella, no pueden acudir a los tribunales.

La acción de hábeas corpus interpuesta involucra una violación de derechos humanos, de modo que la carga de desvirtuar tales denuncias la tiene el Estado, ya que es el obligado a garantizar la plena vigencia de los derechos humanos en virtud de los compromisos internacionales asumidos en la materia y, paradójicamente, el presunto perpetrador a través de sus diversos órganos –entre los cuales se encuentran inclusive los tribunales– de la violación de derechos denunciada.⁶

La normativa vigente parece referirse únicamente a la acción de hábeas corpus de carácter individual. Sin embargo, a raíz del conocido fallo Verbitsky, ya no caben dudas sobre su alcance a las acciones colectivas, toda vez que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que

... pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo del artículo 42 de la Constitución Nacional, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla.⁷

6. Ver “Bara, Sakho s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Mbaye, Ibrahima s/inf. arts. de la Ley N° 23098 (Hábeas Corpus)”, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Secretaría Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas, 11/08/2010. Voto de la Sra. Jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante, ver voto del Sr. Juez Carlos F. Balbín.

7. Ver CSJN “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, 03/05/2005.

En un Estado constitucional de Derecho es rol inexcusable de la agencia judicial “convertir” el derecho válido en derecho efectivo. El derecho válido no efectivizado es bella declamación.⁸

Despejadas las dudas sobre su ejercicio colectivo, es oportuno hacer algunos comentarios sobre la restricción física de las personas que se encuentran en hospitales psiquiátricos. ¿Ellas están privadas de la libertad en un modo que requiere el ejercicio de la acción de hábeas corpus? ¿En qué casos?

Corresponde mencionar que el Poder Ejecutivo ha reconocido que

... las personas internadas en hospitales psiquiátricos están privadas de libertad y que, si esa modalidad no cesa inmediatamente después de que desaparecieron las causas que le dieron origen, deviene en una detención arbitraria, configura un avance en materia de efectivización de los derechos de las personas con padecimientos en su salud mental que eleva el estándar con el que ese colectivo contaba en la Ciudad de Buenos Aires (...).

Ese proceso de reforma, además de los dispositivos a los que obliga el fallo, tendrá que contemplar el diseño e implementación de una política que efectivamente garantice que la internación sea utilizada como un recurso terapéutico de uso restrictivo. Así, el cambio de paradigma entre un sistema de institucionalización hacia otro inclusivo y basado en la comunidad requiere el fortalecimiento del sistema de atención primaria y de las redes sociales, la consolidación de los dispositivos con los que actualmente cuentan los hospitales generales y la creación de servicios para después del alta institucional.⁹

Del texto de la Ley N° 23098 podemos extraer diferentes tipos de hábeas corpus, a saber:

a) *Hábeas corpus clásico o reparador*: se interpone para hacer cesar la restricción o privación ilegal de libertad física y ambulatoria por parte de la autoridad pública o de particulares.

b) *Hábeas corpus preventivo*: se dirige a evitar la privación ilegal de la libertad física y ambulatoria en sentido amplio, ante la amenaza cierta o inminente de detención arbitraria.

8. Hábeas corpus colectivo interpuesto por la Asesora General Tutelar Laura Musa y el Asesor Tutelar Carlos Bigalli, *op. cit.*

9. Ídem.

c) *Hábeas corpus correctivo*: en este caso su finalidad apuntará a terminar con actos u omisiones que agraven indebidamente la situación de una persona detenida legalmente.

d) *Hábeas corpus restringido*: tiende a hacer cesar limitaciones, atentados o molestias ilegítimas que perturban la libertad de locomoción o ambulatoria, sin llegar a la detención o privación de la libertad.¹⁰

En cuanto al rol del juez, él es quien debe resolver la acción de hábeas corpus interpuesta sin demora (artículo 43 de la Constitución Nacional).

10. ElDial.com - DC18ED.

Artículo 16

Toda persona tiene, mediante una acción de amparo, libre acceso a todo registro, archivo o banco de datos que conste en organismos públicos o en los privados destinados a proveer informes, a fin de conocer cualquier asiento sobre su persona, su fuente, origen, finalidad o uso que del mismo se haga.

También puede requerir su actualización, rectificación, confidencialidad o supresión, cuando esa información lesione o restrinja algún derecho.

El ejercicio de este derecho no afecta el secreto de la fuente de información periodística.

EL HÁBEAS DATA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Por Osvaldo Alfredo Gozaíni

PRELIMINARES

En 2005 la Ley N° 1845 reglamentó la Ley de Protección de Datos Personales, cuyos dos primeros artículos dicen:

Artículo 1°.- *Objeto*. La presente ley tiene por objeto regular, dentro del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el tratamiento de datos personales referidos a personas físicas o de existencia ideal, asentados o destinados a ser asentados en archivos, registros, bases o bancos de

datos del sector público de la Ciudad de Buenos Aires, a los fines de garantizar el derecho al honor, a la intimidad y a la autodeterminación informativa, de conformidad a lo establecido por el artículo 16 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Cuando los datos se refieran a información pública y no a datos personales será de aplicación la Ley N° 104 de la Ciudad de Buenos Aires. En ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas.

Artículo 2°.- *Ámbito de aplicación.* A los fines de la presente ley se consideran incluidos dentro del sector público de la Ciudad de Buenos Aires a todos los archivos, registros, bases o bancos de datos de titularidad de los órganos pertenecientes a la Administración central, descentralizada, de entes autárquicos, empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado de la Ciudad de Buenos Aires tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias, del Poder Legislativo y del Judicial, en cuanto a su actividad administrativa, y de los demás órganos establecidos en el Libro II de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

El cuadro de presentación nos permite dividir los derechos en dos secciones diferenciadas. Por un lado, la protección que tiene toda persona para la defensa de sus datos personales, y por otro, la garantía procesal que fundamenta el proceso constitucional de hábeas data, donde se consignan varios derechos emergentes, que son el contenido a desarrollar en esta colaboración.

OBJETO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

La garantía que crea la Constitución local es diferente a la que establece la Constitución Nacional en el artículo 43, luego reglamentada por la Ley N° 23526. Mientras la ciudad se ocupa de otorgar un derecho autónomo destinado a controlar el tratamiento de datos personales referidos a personas físicas o de existencia ideal, asentados o destinados a ser asentados en archivos, registros, bases o bancos de datos, el sistema nacional reduce el alcance de los archivos fiscalizados ya que solamente se asigna la garantía contra las bases de datos destinadas a proporcionar información a terceros.

Se trata de un derecho autónomo porque el titular de los datos dispone del poder de control sobre la información que lo concierne, cuyo uso puede afectar el honor o la intimidad personal. Y es una garantía porque mediante el hábeas data podrá concretar varias acciones simultáneas: conocer, actualizar, rectificar, autorizar, incluir, excluir, etc., su información personal cuando esta sea objeto de administración en una base de datos.

A su vez, como garantía, el hábeas data tiene la función específica de proteger, mediante la vigilancia del cumplimiento de las reglas y principios de la administración de datos, los derechos y libertades que dependen de (o pueden ser afectados por) una administración de datos personal deficiente. Por vía de ejemplo, el hábeas data opera como garantía del derecho al buen nombre cuando se emplea para rectificar el tratamiento de información falsa. Opera a su vez como garantía del derecho a la seguridad social cuando se emplea para incluir, en la base de datos, información personal necesaria para la prestación de los servicios de salud y de las prestaciones propias de la seguridad social. También opera como garantía del derecho de locomoción cuando se solicita para actualizar información relacionada con la vigencia de órdenes de captura, en caso de que estas hayan sido revocadas por la autoridad competente. Y finalmente, puede operar como garantía del derecho al trabajo cuando se ejerce para suprimir información que funge como una barrera para la consecución de un empleo.

ALCANCE CONSTITUCIONAL

El hábeas data es un concepto aún incomprendido. Buena parte de la confusión proviene del impacto de la tecnología en la vida de las personas y en la regulación legal que comenzó en Europa en tiempos cuando el uso de Internet todavía no estaba globalizado. Sobre esta base se generó una masa enorme de acuerdos, normas, principios y demás reglamentos, que han quedado inertes o poco funcionales.¹

1. Internet es un conjunto descentralizado de redes de comunicación interconectadas, que utilizan la familia de protocolos TCP/IP, lo cual garantiza que las redes físicas heterogéneas que la componen funcionen como una red lógica única de alcance mundial. Sus orígenes se remontan a 1969, cuando se estableció la primera conexión de computadoras, conocida como Arpanet, entre tres universidades de los Estados Unidos. Uno de los servicios que más éxito ha tenido en Internet ha sido la *World Wide Web*

La preocupación notoria por evitar un avance sobre el derecho a la intimidad también trajo varias incógnitas en la medida en que la vida personal y privada, por lo general, se encontraba protegida desde las normas civiles y penales, pero lo cierto es que no era la persona quien se encontraba directamente afectada, sino sus datos y el uso que de esa información se permitía.

De allí surgió la necesidad de considerar la tutela a los datos personales como derecho constitucional de las personas, con raíz en el derecho a la intimidad. Sin embargo, en otros sitios fue suficiente con la ilusión de pensar que con las leyes y procesos el problema estaría resuelto.

En efecto, si tomamos como punto de partida el objeto de esta garantía procesal o los contenidos de este nuevo derecho según la tutela que se pretenda abordar, de inmediato aparecen sucesivas alternativas. El hábeas data, dicen algunos, protege el derecho a la intimidad, pero al mismo tiempo se afirma que es una defensa de la privacidad, o de la dignidad humana, o del derecho a la información, o bien la tutela del honor, de la propia imagen o perfil personal, del derecho a la identidad, o que simplemente está acotado a la autodeterminación informativa. Como se ve, son multifacéticas y distintas las proyecciones en cada caso. De allí lo necesario de efectuar algunas consideraciones previas, antes de entrar a analizar puntualmente el texto legal sancionado. Así lo plantea Fernández López:

La preocupación, en los términos actuales, por la intimidad es el resultado de un largo proceso histórico de transformación de la conciencia que comienza con la contrarreforma, pasa por la desvalorización de la conciencia religiosa por los filósofos del siglo XVII (Hobbes, Locke, Descartes, Spinoza) y desemboca en la construcción de la conciencia moral, preparada por Thomasius y concluida por Kant. Con esta libertad del hombre es la que permite enjuiciar por sí mismo sus acciones y determinar su voluntad a partir de una inclinación a la mo-

(www), hasta tal punto que es habitual la confusión entre ambos términos. La www es un conjunto de protocolos que permite, de forma sencilla, la consulta remota de archivos de hipertexto. Este fue un desarrollo posterior (1990), que utiliza Internet como medio de transmisión. De este modo, los datos y la información están alojados en un mundo virtual que no reconoce fronteras ni permite adoptar legislaciones sostenidas en la defensa de derechos individuales, como antes regulaban los códigos civiles. El fenómeno constitucional ha permitido asegurar la garantía, pero el uso adecuado del proceso constitucional está diluido y confuso en la práctica cotidiana.

ralidad que le es innata. Sobre esta concepción del hombre adquiere sentido la noción actual de intimidad como atributo necesario de su nuevo *status* de libertad-autonomía. La dualidad de la persona (interioridad y socialidad) se traslada a la intimidad que es bidireccional: *ad se* y *ad alteros*. La intimidad si bien hace referencia primariamente a un espacio propio, privativo del individuo, este sólo adquiere su pleno sentido frente a los otros, tanto para oponerlo a ellos como para compartirlo con los demás. Así, la intimidad es simultáneamente condición de la personalidad individual y de la personalidad social.²

Si pretendemos determinar de qué se ocupa el proceso y esclarecer cuáles son sus contenidos mínimos y esenciales, es preciso tener en cuenta qué existía antes de la incorporación constitucional y qué hubo después, de qué manera influyen los tratados y normas de derechos humanos y cómo los aplican los tribunales y jueces inferiores.

Este encadenamiento permitirá resolver qué se puede hacer a través del hábeas data y dónde existirán límites, teniendo en cuenta que puede diferir la interpretación según se considere al instituto como proceso constitucional o como derecho fundamental de las personas. Como dice Herrán Ortiz:

En efecto, si se quiere delimitar el contenido esencial de este o cualquier otro derecho fundamental, antes es preciso definir los intereses jurídicos o bienes que se encuentran en su ámbito de tutela. Así, por lo que respecta al derecho a la autodeterminación informativa, los instrumentos o medios directamente relacionados con la protección de la intimidad personal y familiar, el honor y el pleno ejercicio de los derechos, comprenden su contenido esencial. No cualquier aspecto o garantía de la protección de datos integra el contenido esencial del citado derecho (...), aquel se circunscribe al conjunto de instrumentos o garantías indisponibles en una defensa de los intereses jurídicos propios o naturales de este derecho. ¿Con qué fin se garantizará el derecho a la protección de la persona frente a la informática si no se reconoce el derecho del afectado a estar informado de los datos que serán objeto de tratamiento automatizado? Por ello, junto al derecho de información del afectado de los diversos aspectos relacionados con el tratamiento informático de los datos, otras facultades de obligado

2. Fernández López, Juan Manuel, "El derecho a la privacidad y su frontera en los demás derechos humanos", *XX Conferencia Internacional de autoridades de protección de datos* (1998), Madrid, Agencia de Protección de Datos, 1999, p. 67.

reconocimiento serán: la necesidad de contar con el consentimiento del afectado para el tratamiento de sus datos, la posibilidad de exigir la cancelación o rectificación de datos inexactos o incompletos, o el derecho a exigir que el tratamiento de la información se adecue a unos fines legítimos previamente determinados. Estas facultades constituyen las principales garantías que dan vida y sentido al derecho a la autodeterminación informativa, sin ellas no sería posible asegurar el respeto a los derechos individuales que se amparan bajo la protección de datos personales.³

Asimismo, es de advertir que, tal como sucede en los sistemas para el control de constitucionalidad, también en esta materia las aguas se dividen en dos direcciones.

Mientras Europa persigue la defensa de la persona a través de normas que especifiquen los límites del Estado y de los particulares para el tratamiento de los datos, en Estados Unidos no hay políticas constitucionales sobre el tema, prefieren la revisión judicial de aquellos actos que agredan, eventualmente, el derecho a la privacidad (por eso lo de incluir el aborto dentro de la esfera íntima de la mujer), aquellos que dieron lugar en 1974 a la *Privacy Act*.

En términos parecidos, la distinción que hacen los europeos entre derechos personalísimos (titular de los datos) y portadores o administradores de ellos (bancos de datos), busca ampliar el panorama de derechos de las personas y limitar el uso de los datos que tienen las empresas cuando está ausente el consentimiento del titular para la aplicación de ellos a un fin determinado.

En cambio, la jurisprudencia norteamericana, amplia y generosa en este capítulo de derechos fundamentales, perfila un cuadro sucesivo de protecciones, que van desde el famoso *right to be alone* (derecho de ser dejado a solas), atraviesan las relaciones con la prensa y los medios de comunicación, y culminan con la tutela de los datos que se recopilan con medios informáticos.

3. Herrán Ortiz, Ana Isabel, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 34.

LA INTIMIDAD Y LOS DATOS PERSONALES

El derecho a la intimidad es amplio y omnicompreensivo. Comprende sencillas manifestaciones del derecho a la soledad y a no ser perturbado en la vida privada, como también otras situaciones, por ejemplo la reserva y confidencialidad de ciertos actos, la intimidad familiar, la defensa del honor, el derecho a la propia imagen o la protección de la identidad. La categoría principal no se precisa, de modo que para algunos es la dignidad humana y para otros el derecho a la privacidad, pero si se focaliza únicamente en el tema procesal, la mayoría sostiene que se trata de un límite al derecho a la información o bien un derecho a la autodeterminación informativa.

Evidentemente, tamaña extensión y perfiles impide sostener que el hábeas data sea el proceso de defensa para todos ellos y por eso pareciera más importante, antes que definir la vía procesal, establecer el alcance del derecho fundamental agregado en la Constitución Política.

Dice García San Miguel:

En el artículo de Warren y Brandeis encontramos una definición ya clásica que hizo fortuna: la intimidad es *the right to be alone*, el derecho a estar solo, el derecho a la soledad. Sin embargo, esta definición no parece cubrir todo lo que actualmente consideramos incluido en el ámbito de aquel derecho. Pensamos que nuestra intimidad viene agredida por escuchas telefónicas, fotos tomadas a distancia con teleobjetivo y uso indebido de datos informáticos, pese a que nada de ello comporta la presencia física de otras personas. Es decir que, aunque en muchos casos estemos literalmente solos, nuestra intimidad puede resultar dañada por manejos que se emprenden a distancia y, a menudo, sin que el interesado se entere.

Por ello, algunos autores propusieron definiciones diferentes. Fried, en un trabajo de 1979 que lleva por título *An anatomy of values* define la intimidad como “control sobre la información que nos concierne”, y Parker, en otro trabajo de 1974, con el título *A definition of privacy*, la define como “control sobre cuándo y quién puede percibir diferentes aspectos de nuestra persona” (...).⁴

4. García San Miguel Rodríguez-Arango, Luis, *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos-Universidad Alcalá de Henares, 1992, p. 45.

La intimidad es, por tanto, el derecho a no ser conocidos, en ciertos aspectos, por los demás. Es un derecho al secreto, a que los demás no sepan lo que somos o lo que hacemos.

En la legislación local, la intimidad se reconoce en el más alto grado al estar previsto en el artículo 16 de la Constitución, que asegura el derecho al honor y la intimidad. Es esta una variación importante respecto al régimen nacional federal, donde el campo de la intimidad es distinto al de los datos personales.

No obstante, es preciso armonizar el ámbito de derechos protegidos por cada uno pues existen, en todos los casos, posibilidades que son alternativas para la eficacia de la defensa judicial de la vida privada.

La perturbación a la intimidad se puede relacionar con otros derechos significativos. Por ejemplo, la publicación de retratos, con el derecho a la imagen; la difusión de correspondencia, con el derecho al secreto, confidencialidad y reserva; la mortificación de costumbres o sentimientos, con la posible vulneración de datos sensibles; o cualquier otro modo de perturbación que afecte la vida privada, como dar a publicidad situaciones de crisis conyugal, cesaciones de pago, publicar una declaración elogiando un producto o suscribiendo una petición política que nunca firmó, revelar arbitrariamente el carácter adoptivo o matrimonial de un hijo sin el consentimiento de los padres, no entregar el cadáver de un niño nacido muerto a sus padres y darle horrible destino, etcétera. En cada supuesto, el afectado tiene acciones civiles que no tendrían vínculo con el hábeas data.

Sin embargo, una acción de abstención puede ser adecuada si con ello se consigue paralizar los efectos perniciosos de la invasión a la intimidad, pero no resulta efectiva para resolver la afectación de otros supuestos, como la lesión a la imagen, la difusión de un secreto y la exposición pública de costumbres o comportamientos que inciden en la personalidad del damnificado. Para estos supuestos, se puede escoger entre la acción indemnizatoria, la acción penal correspondiente (si está prevista) o ambas simultáneamente.

El paralelo pretende significar que los derechos proyectados desde la tutela de la intimidad en el campo sustantivo difiere del amparo constitucional previsto, y que el juez debe en cada supuesto establecer el tipo de procedimiento adecuado a la pretensión que se promueva.

Asimismo, en el terreno de la intimidad anidan otras cuestiones que se vinculan como derechos personalísimos, tales como el honor, la imagen, la dignidad, el perfil frente al público o la opinión personal que de uno se tiene, etc., que por su variedad llevan a trazar un conjunto de situaciones que merecen tanto respeto como los ya observados. Por lo tanto, ¿cuál es la respuesta procesal para ellos? ¿Es el hábeas data?

Se ha simplificado el problema de limitar los derechos que ocupan el espacio de la intimidad con el fin de precisar las vías procesales específicas. En este sentido, Herrán Ortiz sostiene que resulta un claro desacierto considerar que cuanto menos se conozca de la vida de las personas, se goza de mayor intimidad, ya que esta no consiste simplemente en la ausencia de información personal. En efecto, la intimidad se refiere a una esfera tan interior del individuo que en principio sólo él puede revelar. Así, el carácter confidencial de los datos no es, a diferencia del derecho a la intimidad, un instrumento cuya utilización dependerá de los fines y del modo en que se haga uso de ellos.

En definitiva, si íntimo es lo que cada persona reserva para sí y a los demás no es lícito invadir, confidencial es aquello que se revela a alguien con la intención o ánimo de que no sea revelado a los demás sin el consentimiento del interesado. De igual manera, no puede desconocerse que si bien en un primer acercamiento al derecho a la intimidad, este se puede relacionar estrechamente al secreto, debe admitirse que la intimidad no implica exclusivamente la ausencia de información sobre la vida de la persona; representa, por el contrario, una necesidad de vida interior o relación intra-personal, de reflexión de los propios sentimientos y pensamientos.⁵

La respuesta requiere desgranar cada uno de estos derechos.

EL DERECHO AL HONOR

Reconoce una larga prosapia el derecho al honor. Aparece en las XII Tablas –*carmen famosum*–, se encuentra en el derecho romano, en la Grecia antigua y fue motivo central de buena parte de la historia del mundo confiar en las personas honorables.

5. Herrán Ortiz, Ana Isabel, *op cit.*, p. 45.

Honradez y dignidad personal son premisas del fuero juzgo y las leyes de las partidas las establecen como principios generales del Derecho. En palabras de Concepción Rodríguez:

En las grandes universidades del Renacimiento (París, Pavia, Salamanca, Coimbra) se comentaron las frases de la *Summa* de Santo Tomás sobre la vida, la integridad corporal, la tranquilidad espiritual, el honor y la fama. Las lecciones de Vitoria, llenas de vida y de sentimiento humano, despiertan el interés general. Soto expondrá con su habitual concisión y exactitud sistemática, la nueva doctrina de los bienes intrínsecos de la persona. Dice que el hombre tiene tres géneros de bienes: 1. La vida; 2. Honor y fama, y 3. Los bienes temporales. El hombre tiene el dominio de su honor y fama, pero no puede usarlos como el dinero porque su valor es superior, aquellos bienes son más nuestros. Honor y fama a los que, por eso, colocará no en el orden de la vida, sino en el de los bienes externos.⁶

Tiempo después, los códigos civiles desatienden la esencia de este derecho personalísimo, quizás influidos por la condición de derecho fundamental que le otorgó la Declaración de los Derechos del Hombre.

En suma, podemos afirmar que las normas sustanciales no se han detenido cuidadosamente en la reglamentación de los derechos de la personalidad hasta bien avanzado el siglo XX, momento que coincide con su caracterización como derecho constitucional.

Ahora bien, ¿puede ampararse el honor desde el hábeas data?

En principio la respuesta es conflictiva porque el honor por sí mismo no se resguarda por el hábeas data, sino cuando aquel es afectado con el uso de datos personales. El derecho al honor y al buen nombre tienen como antecedente el derecho a la buena reputación, pero no es un tipo de honor afectado por el uso de datos informáticos, que en aquellos tiempos era absolutamente imprevisible.

En el orden nacional, el artículo 1 de la Ley N° 25326 establece que “el hábeas data garantiza el derecho al honor” y determina que la perturbación informática se da con la invasión a la persona tomando datos que se recopilan y transfieren, lo cual provoca una crisis en el derecho a la identidad. No obstante, la identidad es una parte del honor, pero no es el honor en sí mismo. Tal como lo sostiene Herrero Tejedor:

6. Concepción Rodríguez, José Luis, *Honor, intimidad e imagen*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 167.

La identidad se distingue también de la intimidad: aquella asegura la fiel representación de la propia proyección social; ésta, la no representación al exterior de las propias vicisitudes personales, cuando un tercero no posee un interés socialmente apreciable.⁷

Es verdad que definir el honor arrastra complejas disquisiciones y opiniones dispares. Por un lado, de manera general se hallarían implicados valores como la intimidad, la buena fama, la reputación, el respeto propio y ajeno, la consideración familiar y social, y en definitiva, es un sentimiento propio sobre nuestra persona y una estima de los demás hacia nosotros.

Desde esta perspectiva, se trata de observar qué es lo intolerable cuando el honor se afecta y qué puede admitirse aun existiendo un perjuicio contra el derecho de la personalidad.

Este es el criterio predominante: la doble conceptualización que distingue el honor como resultado del juicio de valor que los demás hombres hacen de nuestras cualidades (honor objetivo), y como el sentimiento y la conciencia del propio honor: las representaciones que el sujeto tiene de sí mismo –conciencia del honor– y la voluntad de afirmar su propio valor –sentimiento del honor–. Resumiendo ambas nociones, De Cupis define el honor como el íntimo valor moral del hombre, la estima de los terceros, o bien la consideración social, el buen nombre o buena fama, así como el sentimiento y conciencia de la propia dignidad.⁸

Otra visión proviene de su significado etimológico. La Real Academia dice que el honor es una “cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes”, mientras que la honra se define como la “estima y respeto de la propia dignidad”.

De esta lectura surge un honor subjetivo, propio, que se vincula con la autoestima o propia consideración (dignidad personal) y otro aspecto objetivo, que es el respeto que de nosotros tienen los demás: la reputación, en definitiva. Como apunta Concepción Rodríguez:

La concepción jurídica actual, de acuerdo con las enseñanzas cristianas, considera que el honor es inherente al hombre; es un reflejo de la personalidad y uno de los derechos esenciales que le dan contenido. A

7. Herrero Tejedor, Fernando, *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Colex, 1994, p. 234.

8. Herrero Tejedor, Fernando, *op. cit.*, p. 236.

toda persona corresponde un mínimo de responsabilidad y honorabilidad, que debe ser protegida por el orden jurídico.⁹

Nadie –indica Alfredo Orgaz–, está *a priori* excluido de esa tutela, ni siquiera las personas deshonestas o de mala reputación; también estas pueden ser sujeto pasivo de un delito contra el honor, siempre que de acuerdo con las circunstancias, el ataque debe ser considerado como ilegítimo; esto es, como no justificado por un interés superior. La inviolabilidad de la integridad moral, como la protección de los demás derechos naturales, no es absoluta e ilimitada.¹⁰

Las normas constitucionales no definen el derecho a defender el honor, sólo asignan una garantía procesal contra toda acción o amenaza que lesione la fama, el prestigio, la consideración, la dignidad, la reputación, el crédito o el sentimiento de estima, por enumerar algunas de las probables alegaciones del interés dañado.

Como regla, la protección llega después de los hechos, por lo que se torna inevitablemente en un derecho indemnizatorio. A veces, la reparación se consigue con la publicación de la sentencia que condena al difamador, sin embargo es evidente que la tacha ya se produjo. En pocas palabras, no hay sentido preventivo.

Pero veamos la cuestión desde otra perspectiva. ¿Qué ocurre si una base de datos de información crediticia informa que una persona es un deudor incobrable y que se caracteriza por no cumplir sus obligaciones? ¿Se aplica el precepto al hábeas data? Una vez más, el mismo interrogante. ¿Puede considerarse calumniosa la difusión de datos equivocados, parciales o desactualizados? En principio, parece que no porque la afectación al honor refiere a una acción realizada a sabiendas y con intención de dañar, no a la actitud imprudente, ligera o precipitada de quien transmite un dato sin haberlo confirmado. No obstante, esta actitud culpable existe.

Resulta así que la acción de hábeas data se afina en un preciso punto de referencia, que de por sí es acotado (conocer el dato y requerir su actualidad, supresión o rectificación) y no podría transferirse hacia otros que cuentan ya con una vía procesal de protección.

9. Concepción Rodríguez, José Luis, *op. cit.*, p. 168.

10. Novoa Monreal, Enrique, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, Madrid Siglo XXI, 1981, p. 88.

De todos modos, el honor se puede afectar con la transmisión de datos sensibles o que impliquen alguna forma de discriminación (por ejemplo la raza o el origen étnico), en cuyo caso la garantía constitucional es procedente para lo que al dato concierne, como también lo es el proceso civil reparatorio del perjuicio emergente. Serían las denominadas vías concurrentes, que no pueden impedir el progreso del hábeas data.

En suma, lo que queremos decir es que aun cuando la protección del honor y la reputación puedan tener respuestas en el ordenamiento positivo actual, es bien sabido que la actuación es posterior al hecho y obra como sanción al ofensor y como reparación para el ofendido.

En cambio, el hábeas data puede servir indirectamente para estos derechos personalísimos en la medida en que la afectación puede prevenirse desde los objetivos que tiene la garantía procesal.

Sostiene Bidart Campos:

... que el hábeas data haya surgido y funcione habitual y normalmente como garantía para preservar la autodeterminación informativa y la privacidad de datos personales no alcanza para agotar su funcionamiento en esa dirección: toda garantía constitucional debe ser tan *elástica* cuanto la realidad de una situación determinada lo demande; y ello a efectos de que rinda su efecto tutelar respecto del derecho que a través de esa misma garantía se pretende. Como en tantas otras cosas, nada de rigideces, estrangulamientos, reduccionismos, ni cosa semejante. Las garantías deben holgarse y si, acaso, nunca antes nos imaginamos que íbamos a precisar alegar un “derecho” a la verdad y a los datos de víctimas desaparecidas, ahora que se hizo necesario hay que buscar con aperturismo y activismo procesal y judicial la mejor vía conducente –en cada caso– para que haya una –o más– garantías a disposición de quien invoca aquel derecho. Si las garantías no sirven para el fin por el cual existen, no sirven para nada. Y esto no es tolerable ni admisible.¹¹

11. Bidart Campos, Germán J., “¿Hábeas data o qué? ¿Derecho a la verdad o qué?”, *Suplemento de Derecho Constitucional, Revista La Ley*, 15 de febrero de 1999, p. 21 y ss.

EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

A medida que se tamiza el derecho constitucional creado, la última escala pareciera estar en la autodeterminación informativa. Es decir, desde la amplia libertad creadora que permite el derecho a la intimidad se llega al reducto de la libertad informática controlada por la persona respecto a sus propios datos.

Es verdad que, entre uno y otro extremo, se levantan voces polémicas para el reconocimiento propio e independiente de la autodeterminación, o que propician un refuerzo de las garantías de la intimidad, pero en ambos casos queda de manifiesto que el problema está en el control que se tiene sobre los registros o archivos personales.

Las constantes disquisiciones en torno a la independencia de un derecho a la autodeterminación informativa han evitado acuerdos coincidentes. Según Herrán Ortiz se distinguen dos sectores enfrentados, uno de los cuales rechaza la consideración del derecho a la autodeterminación informativa como derecho fundamental por considerar que es suficiente para ofrecer garantías individuales adecuadas una reformulación del derecho a la intimidad; el otro sector sostiene, por el contrario, la necesidad insoslayable de admitir la existencia de un nuevo derecho fundamental, cuya construcción se asienta sobre el reconocimiento al individuo de unas facultades de disposición y decisión respecto a sus propios datos personales, que no sería posible deducir del tradicional derecho a la intimidad.¹²

La autodeterminación, como lenguaje técnico, tiene reminiscencias equívocas que nos sugiere sustituirlo por “el derecho a la libre disposición de los datos personales”.

Lo mismo sucede cuando se aplica el término “libertad informática”, que pareciera indicar la libre utilización de los medios informáticos en el tratamiento de los datos, cuando en realidad se trata precisamente de lo inverso: poner límites y control a esa libertad.

De esta manera, el hábeas data surge como la mejor herramienta procesal para encausar el amparo prometido, sea para acceder a las informaciones que sobre él se tengan, como para controlar la exactitud y autorizar, o no, la circulación de esos datos.

12. Herrán Ortiz, Ana Isabel, *op. cit.*, p. 137.

Si se admite que el derecho a la autodeterminación informativa reconoce la facultad del individuo a decidir cuándo y cómo está dispuesto a permitir que sea difundida su información personal o a difundirla él mismo –esto es, la facultad de la persona de controlar y conocer los datos que sobre ella se encuentran en soportes informáticos–, se reconoce al individuo una tutela legal para conocer y acceder a las informaciones almacenadas en ficheros de datos que le conciernen, así como la facultad de controlar, como interesado, la calidad de los datos inexactos o indebidamente automatizados y consentir su transmisión para definir así el contenido que integra la libertad informática.

Sin embargo, la garantía no reposa en el reconocimiento de un derecho subjetivo propio e individual que pueda catalogarse, indeseablemente, como derecho patrimonial (tal como acontece con la profusa enumeración de derechos que emanan de los códigos sustanciales). La fuente que nutre la defensa constitucional no es sobre un derecho de propiedad sobre los datos, como si ellos fueran el objeto de pertenencia exclusiva que resultan inalienables e intangibles. El basamento está en la libertad de resolver con plena libertad sobre el destino que se pretende dar a los datos y, en su caso, si se autoriza o no el acopio informativo de ellos.

Por eso, algunos autores prefieren hablar de intimidad informática para aludir al bien jurídico protegido frente al poder informático. Sería una proyección de los derechos personalísimos de fuente constitucional.

En este sentido, Ruíz Miguel manifiesta que esta identificación constitucional constituye el medio idóneo para eludir las dificultades que se derivan de la protección de la persona frente a la utilización informática. Así, entre las posibles dificultades cita la problemática en torno al rango de la ley que desarrolle este derecho y el acceso al amparo ordinario y al constitucional reconocidos en el artículo 53.2 de la Constitución española.¹³

De todos modos, la libertad para disponer sobre los datos personales sería una especie dentro de la generosa tutela judicial prometida a los derechos derivados de vida privada (intimidad y privacidad).

13. Ruíz Miguel, Carlos, "El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español", *RGD*, N° 607, Madrid, 1995, p. 88

Dice el Tribunal Constitucional de Alemania que “no serían compatibles con el derecho a la autodeterminación informativa un orden social y un orden jurídico que hiciese posible al primero, en el que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo sabe algo sobre él”.¹⁴

La construcción de este nuevo derecho fundamental excede la tradición jurídica que tuvo el derecho a la intimidad, lo que permite que toda información que concierna a cualquier persona pueda ser controlada por ella misma como un freno al poder informático.

Hoy nadie duda que la vida privada de la persona es un bien que debe respetarse, porque el ataque a la misma es susceptible de causar un daño irreparable a la persona en una sociedad como la actual, cuyo único límite al almacenamiento y tratamiento de datos personales es el que procede de la imaginación humana. Información relativa al ocio, a los comercios o a la educación de los hijos, así como a las actividades profesionales no son inocuas en nuestro desarrollo personal y en la honorabilidad o imagen que se ofrece al exterior, por lo que oportunamente entrelazadas y almacenadas “dicen” mucho de cada individuo y de su personalidad; inmiscuirse en ellas para conocerlas y tratarlas sin consentimiento representa un peligro del que se debe ser consciente si se quiere una sociedad libre y en igualdad de oportunidades. Sentir que constantemente se está siendo observado, seguro de que la totalidad de las acciones serán “registradas” impide el derecho a manifestarse en una sociedad con libertad y dificulta el libre desarrollo de la personalidad. Habida cuenta de los nuevos peligros y amenazas que el tratamiento informático trae consigo, se sugiere una conceptualización del derecho a la autodeterminación informativa a través de una extensión de su protección frente al uso ilícito o abusivo de la informática a cualquier información personal que represente una amenaza para la persona en “manos de terceros”; la interceptación no consentida de la información debe controlarse y limitarse sin detenerse a averiguar la índole íntima o no de la información.¹⁵

En pocas palabras, el derecho a la libre disposición de los datos personales supone recrear un derecho fundamental que, derivado del derecho a la vida privada del hombre, le permite resolver por sí mismo

14. Cfr. Herrán Ortiz, Ana Isabel, *op. cit.*, p. 88.

15. Cfr. Herrán Ortiz, Ana Isabel, *op. cit.*, p. 105.

el tratamiento que quiera asignar a los datos que sobre su persona se almacenen con destinos diferentes. La garantía específica para salvaguardar el derecho es el proceso constitucional de hábeas data.

Una vez más transcribimos la opinión de Herrán Ortiz, quien concreta el alcance del derecho en estos términos:

Si la protección de datos personales no ha podido enmarcarse en los instrumentos de tutela propios del derecho al honor o a la propia imagen por la limitación conceptual y garantista que implican tales derechos, tampoco el derecho a la intimidad resulta de utilidad para explicar y fundamentar el fenómeno de la autodeterminación informativa. Desde la consideración de un sistema de resarcimiento o meramente indemnizatorio no sería deseable ni posible jurídicamente estructurar el sistema de protección de datos, porque, en ese caso, la protección de la persona se vería limitada a medidas de naturaleza represiva, con lo que un aspecto fundamental de la protección de los datos personales, cual es el carácter preventivo o precautorio, carecería de total relevancia jurídica. El sistema jurídico que se acoge desde el derecho a la intimidad no responde a unos criterios fundamentales de precaución, sino que deben identificarse con un sistema puramente indemnizatorio para la víctima del agravio. Como fácilmente puede comprenderse, con este esquema parece especialmente complicada la configuración jurídica de la protección de los datos personales desde la perspectiva del derecho a la intimidad; al afectado, titular de los datos, se le atribuyen en las leyes de protección de datos personales derechos y facultades individuales que sólo pueden contemplarse desde la óptica de un derecho principalmente preventivo, que dota al individuo de garantías suficientes para evitar y controlar la utilización abusiva o ilícita de la información personal registrada en soportes informáticos.¹⁶

EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA

Toda persona tiene derecho a vivir su propia vida, a desarrollarse conforme pueda y pretenda, a generar relaciones con otros o a mantenerse ajeno y en soledad. Los comportamientos del hombre serán externos cuando se proyecten hacia otros dando publicidad a esos actos y serán internos e intransferibles cuando permanecen en el espacio

16. Herrán Ortiz, Ana Isabel, *op. cit.*, p. 107.

interior de la persona. Este es el terreno de lo privado, lo propio, la esfera de máxima intimidad.¹⁷

La vida privada es una parte esencial de la persona que, sin resultar secreta ni de carácter íntimo, merece el mayor de los respetos para garantizar el normal desarrollo de las libertades.

La doctrina suele distinguir entre la vida privada, una esfera de retiro y aislamiento donde los demás dejan en paz al sujeto, y la intimidad, por la cual el individuo tiene un mundo propio, fuera de los ojos de los demás. Mientras el derecho a la intimidad tutela la zona espiritual, reservada de la persona, que permanece en su interior y se refiere a la conciencia de sí mismo como ser humano libre en su ámbito moral e intelectual, el derecho a la vida privada se manifiesta a través de la realización de actividades y comportamientos en un ámbito estrictamente personal, de amistad o familiar en que el sujeto decide desarrollar su existir, preservando esa esfera de su existencia del conocimiento general.

Es aquella reflexión que hace Sartre cuando dice que la mirada del otro nos esclaviza. Esto trasciende la metáfora, porque cuando alguien nos mira, nos juzga, y cuando nos juzga de algún modo nos domina.

La opinión pública se forma, en buena medida, con este juego sutil de la observación penetrante; así, la soledad parece emerger como remedio que relaja la tensión que produce la presencia de quienes nos miran para analizarnos.

La presencia informática en la vida de las personas es cotidiana, se manifiesta continuamente desde nuestros primeros pasos en el día y no nos abandona en la práctica frecuente. A veces, la voluntad implícita de la persona reporta una autorización no pensada para quien está observándonos y registrando esos actos y costumbres (v. gr.: encuestas, inscripciones en concursos, planillas que se completan a ciertos fines, etc.). Otras veces, la información se debe ofrecer como un requisito para “entrar” en un ámbito determinado (v. gr.: asociaciones, entidades financieras, bancos, hoteles, etc.). También el Estado almacena nuestros datos con finalidades diversas (censo poblacional, identidad de las personas, historias médicas, etc.) y así,

17. Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional – Hábeas Data. Doctrina y legislación*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2ª edición, 2011, p. 105 y ss.

sucesivamente, el hombre encuentra que su vida está archivada prolijamente en un banco de información.

Lo trascendente no es el carácter más o menos íntimo de los datos personales que se cedan, sino las posibilidades infinitas de la técnica informática para tratar esos datos (posiblemente irrelevantes para la intimidad de su titular) y extraer de ellos informaciones precisas.

Por tanto no hay datos que sean secretos absolutamente, sino en la medida en que se han conocido, con lo cual regresamos al punto de la confidencia o al derecho a la reserva que antes mencionamos. Es decir, la garantía constitucional del proceso de hábeas data procura que la vida privada de los hombres no sea invadida ilegítimamente por el acopio o almacenamiento de datos personales, ni que ellos sean difundidos sin la expresa autorización del titular o de quien tenga derechos de representación.

A pesar de ello, no es la propia determinación sobre la transmisión del dato lo que caracteriza el derecho a tener una vida privada, sino el derecho a mantenerse ajeno a las intromisiones ilegítimas o legítimas pero infundadas.

Muchas veces el límite entre intimidad y privacidad es difuso y no se puede hallar un derecho preciso que alimente la fuente de protección respectiva. En definitiva, todo conduce a sostener que la limitación que se persigue pretende, como mínimo, que nadie se entrometa en la vida de otro sin tener consentimiento para ello y que el individuo mantenga la libertad de resolver, en todo tiempo y espacio, qué aspectos de su vida personal quiere ocultar o trascender.

En opinión de Bianchi, la distinción entre privacidad e intimidad es más aparente que real. Para sustentarlo se vale de algunos ejemplos: una reunión es íntima o privada cuando asisten a ella algunas pocas personas elegidas. La correspondencia que intercambian dos individuos es íntima o privada y no debe ser conocida ni divulgada por otros. La relación carnal entre dos personas es íntima o privada y no puede ser objeto de interferencia alguna. En todo caso –y con ánimo de formular alguna diferencia– podría decirse que lo íntimo es más privado aún que lo privado. El fuero íntimo de una persona es lo que sólo le pertenece a ella y está exento de cualquier objetivación forzosa. Desde este punto de vista, afirma el prestigioso publicista argentino, el pensamiento es íntimo mientras no sea objeto de ex-

teriorización y se transforma en privado cuando es divulgado en un pequeño o limitado círculo.¹⁸

Cuando se estudia el derecho a la vida privada, en realidad, no se demanda que sea este el fundamento del hábeas data, sino que es una parte de todo ese cuadro de derechos que mejoran el perfil del proceso constitucional creado.

Observando atentamente el fenómeno en el tiempo que transcurre se puede advertir que la distancia está trazada entre la tutela que deriva del derecho a la intimidad y, en su caso, el carácter individual que tiene, por ende signado de derecho personalísimo. Frente a esto, existe una corriente que postula la relación con el “tratamiento de los datos”, en cuyo supuesto la atención no se fija tanto en la persona como en el interés de preservar la veracidad de la información y el uso que de ella se hace.

Garzón sostiene que la categoría de *protección de datos* ha surgido para aplicarse a nuevas realidades jurídicas, que sólo parcialmente pueden ser descriptas o fundamentadas a través de la noción tradicional de intimidad. El derecho a la protección de datos, según su propia expresión, pertenece al contexto de la era informática y ciertamente resulta atrevido afirmar que esta compleja disciplina legal estuviera ya implícita en las referencias generales al derecho a la intimidad inserta en cuerpos normativos de ámbito nacional o internacional de la era preinformática.¹⁹

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

El derecho a la información es producto de una sociedad democrática que reclama saber y conocer el complejo mundo que habita y las vicisitudes donde está inserto.

La libertad de información juega un papel esencial como garantía institucional del papel democrático que inspira la Constitución Política de este país, el cual presupone el derecho de los ciudadanos a contar

18. Bianchi, Alberto, “Hábeas data y derecho a la privacidad”, *El Derecho*, Buenos Aires, E. D., 1995, T. 161, pp. 886 y ss.

19. Garzón Clariana, Gregorio, *El marco jurídico de los flujos internacionales de datos*, IBI, Doc. TDF 206, Roma, 1984.

con una amplia y adecuada información respecto a los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos.

El derecho a estar informado tiene una doble faceta interesante. Mientras por un lado privilegia el derecho de los medios de comunicación a publicar y difundir sin restricciones ni límites a la libertad de prensa, por el otro defiende el derecho individual de las personas para estar informado sobre datos que le conciernan y estén archivados o registrados en una base específica.

Este tipo de derecho a estar informado y conocer cuanto sea de carácter público no es objeto del hábeas data, sino del régimen articulado en la Ley N° 104.

Sin embargo, puede ocurrir que una publicación ofenda o dé una versión equívoca de los hechos, en cuyo caso obrarán los derechos repulsivos consecuentes, como la querrela penal o el derecho de rectificación o respuesta, pero estos no son temas de este ensayo.

Como afirma Gutiérrez Castro:

El contenido de un derecho de la información no se agota con el contenido de un derecho a la información, sino que “la información” es hoy objeto de un tratamiento especial por los juristas y el derecho a ser informado por la prensa es sólo uno de sus aspectos, ya que tiene características propias y opera tanto como derecho individual, político y social, amén de su enorme interés como garantía institucional de la democracia. Así, junto al derecho a la información (libertad de prensa en toda su gama de aspectos y medios), aparecen otros derechos subjetivos que tienen como objeto directo “la información”, tal es el caso del derecho de acceso a documentos, registros, archivos y papeles del gobierno (transparencia de la administración).²⁰

Sí interesa observar cómo el derecho a la información puede aplicarse en el hábeas data como derecho de saber si se está en un banco de datos (derecho de acceso) y, en su caso, cuál es el destino que se quiere aplicar a estos datos (con el fin de resolver su derecho a rectificar, actualizar, cancelar o solicitar la confidencialidad de ellos).

20. Gutiérrez Castro, Mauricio, *Derecho a la información. Acceso y protección de la información y datos personales*, en 51° período ordinario de sesiones OEA/Ser.Q 4/29 de agosto de 1997. CJI/SO/doc.9/96 rev. 2, Río de Janeiro, Brasil. El autor cita a De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, Milán, Giuffrè, 1982, p. 4.

Esta es una parte, un extracto del derecho a la información exacta. En la especie se trata de preservar la intimidad de la persona en sus actuales circunstancias, procurando así que los datos compilados de su vida no lo conviertan en un reflejo de lo que fue antes de lo que es.

Existe otra vertiente que no escala en esta cuestión y proviene del artículo 14.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece, con carácter vinculante, que

Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

La facultad de requerir la cancelación o la corrección de los datos inexactos otorga el denominado *derecho al olvido*; esto es, el principio a tenor del cual ciertas informaciones (por ejemplo, antecedentes de insolvencia económica) deben ser eliminadas de los archivos transcurrido un determinado tiempo desde el momento en que acaeció el hecho a que se refieren para evitar que el individuo quede prisionero de su pasado.

La corrección de los archivos puede efectuarse por el mismo sistema que los contiene, sea ya por la aclaración que se peticione o por la información corroborada por la base de datos.

En el mecanismo articulado por el Consejo de Europa, el Convenio 81 previene un “mínimo necesario” de exactitud en los registros, que comprende la pertinencia, la corrección y la conservación actualizada de los archivos. Estos organismos de registración, públicos o privados, generalmente pueden oponerse a las rectificaciones cuando ellas se promuevan por quienes no sean directamente interesados, excepción hecha de las pretensiones sostenidas por personas que invoquen un legítimo interés y la mantención de los datos les provocare riesgos o daños inminentes.

Por tanto, la subsistencia de un dato caduco en un archivo, registro o base de datos es ilícita toda vez que no media correspondencia con la actualidad requerida y, además, no media consentimiento del interesado ni existe un interés público prevalente.

DIFERENCIAS DEL HÁBEAS DATA CON EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Vinculado al proceso constitucional de hábeas data aparece el derecho a la información, que representa varias cosas importantes.

En torno a los fundamentos que le ofrece a la garantía constitucional creada, es evidente que el derecho, desde esta perspectiva, permite al individuo exigir al banco de datos la información que tenga sobre su persona.

Sin embargo, debemos recordar que en el conjunto de posibilidades que encuadra el derecho a la información aparecen la libertad de expresión, la libertad de prensa y de imprenta, la libertad de opinión y otras que, confrontadas con las potencialidades que ofrece el hábeas data, pueden ocasionar algunas reservas. Quizás, pensando en ellas, en Argentina el constituyente dejó asentado que el hábeas data no podía afectar el secreto de las fuentes periodísticas.²¹

Ahora bien, como el derecho a la información resume en los hechos tres actividades: a) la libertad de investigar; b) la libertad de difundir, y c) la libertad de recibir información y opiniones, cada una de ellas tiene el correlato de la responsabilidad, razón por la cual existe otro derecho personal a no recibir información distorsionada y su reflejo en el derecho a no ser objeto de una información falsa o abusiva.

Uicich lo explica acertadamente al agregar que por libertad de investigar se entiende la posibilidad irrestricta de utilizar toda la información obtenida legalmente y todos los medios existentes en procura de información. La libertad de difundir es la consecuencia de la facultad de investigar. Toda esa información obtenida, en la medida en que no perjudique el legítimo interés de los terceros, goza de la facultad de ser difundida por cualquiera de los medios de comunicación. La libertad de recibir información es la faceta pasiva de la ecuación. Así como el ser humano, por ser tal, goza de la libertad de investigar y de difundir, él mismo es titular del derecho a ser informado, a exigir que la información le sea brindada. El derecho a la información comprende pues la faceta de quien tiene la facultad de acceder a la información, así como la del sujeto pasivo de esa información, quien cuenta con que no sea distorsionada

21. Gozáini, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional – Hábeas Data. Ley 25.326 y reglamentación*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, pp. 154 y ss.

o no sea revelada en tanto afecte su intimidad y no exista cuestión de orden público o de seguridad del Estado que lo justifique.²²

De esta manera, el derecho afianza la potestad de control sobre el derecho a la verdad, tanto para el sujeto activo que está en el archivo o registro, como para quien recibe la información.

El problema, a juicio de Gutiérrez Castro, se plantea en un conflicto de intereses. Es decir, no sólo de legalidad, sino sobre todo de legitimidad, vale decir de justicia y racionalidad en el ejercicio de un derecho. Por decirlo de otro modo, ambos derechos valen: el de quien informa y el de quien se informa. Pero valen dentro de límites razonables, de modo que cuando se abusa del derecho de informar, este se ejercita ilegítimamente. O sea, no es que un derecho se imponga a otro por su mayor peso, sino que no pueden coexistir dos conductas lícitas y legítimas contrapuestas, una debe ceder en el caso concreto ante la otra y, cuando se cede, es porque no se tenía derecho (legalidad) o porque se llegó a su límite razonable (legitimidad).²³

DERECHOS DE ACCESO Y CONTROL

El derecho a solicitar y obtener información de un archivo o registro de datos para saber si este contiene o no información personal que a alguien concierne, constituye el fundamento esencial del hábeas data. Es el derecho de entrada a los bancos de datos y la garantía principal que tiene la persona para conocer qué información existe sobre ella.

Resuelto el problema del acceso, el individuo puede resolver conductas posteriores. Podrá validar la información contenida, ratificar la autorización prestada, si ella se hubiese requerido, tendrá la facultad de exigir la actualización o rectificación de los datos, y podrá plantear la supresión de datos sensibles. En cada caso queda de manifiesto el poder de control de la persona sobre los archivos de datos personales.

Falcón explica la faz procesal de este derecho y sostiene que comprende dos pretensiones sucesivas y secuenciales, una subsidiaria de

22. Uicich, Rodolfo Daniel, *Los bancos de datos y el derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 177.

23. Gutiérrez Castro, Mauricio, "Derecho a la información. Acceso y protección de la información y datos personales", *op. cit.*

la otra. La primera de información y la segunda de conocimiento y ejecución. Como se ve, se trata de un proceso complejo, con inversión sucesiva de pretensiones. Así, la presentación, que puede ser planteada por vía de proceso sumarísimo o similar expedito, llamado en algunos ordenamientos extraordinario y aun plenario rapidísimo, debe contener una pretensión primaria destinada a que se informe al juzgado de los datos registrados por el Estado (en sí o en cualquiera de las reparticiones), instituciones o particulares referentes al actor, la finalidad y en su caso las medidas a tomar sobre estos datos. Dichas medidas se pueden pedir en ese mismo acto (de modo directo o cautelar) si se conocen o presumen, o reservar esta segunda petición para el momento en que se haya contestado el informe. No obstante, los contenidos de la petición inicial no limitan la segunda petición a la luz del informe presentado. La primera etapa del procedimiento entonces será de naturaleza informativa y voluntaria, la segunda podrá tener el carácter de contenciosa.²⁴

De alguna manera, es la libertad de requerir que “se traigan los datos”, cual si fuera la acción exhibitoria propia del *hábeas corpus*. Aun cuando es preciso destacar que el acceso no se dirige justamente a los datos, sino al archivo que los contiene, y por ello las posibilidades de lograr el control varían con la forma en la que se presenta el pedido.

El acceso será directo cuando la información se pueda lograr por la simple consulta al banco de datos y este la evacúe por un medio escrito o la deje disponible en un medio electrónico por el cual se pueda lograr una rápida visualización.

En cambio, si el requerimiento necesita de la colaboración judicial, se deben adoptar los recaudos típicos de las formalidades para demandar teniendo en cuenta que se trata de un proceso constitucional que no podrá ser anulado por el principio de legalidad instrumental.

La idea no es poner exigencias previas que hagan vulnerable el derecho de acceso, tales como los recaudos de legitimación o personalidad procesal, sino en cambio tener por suficiente la acreditación de identidad que efectúe la persona afectada o aquella que demuestre un interés legítimo para realizar el requerimiento.

Dice Herrán Ortiz que el derecho de acceso presenta en la ley española una amplia variedad de posibilidades, que pueden ser resumidas en la siguiente idea: lo verdaderamente trascendente es que el afecta-

24. Falcón, Enrique M., *Hábeas Data*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 83.

do tenga constancia de la información relativa a sus datos personales registrados, de un modo claro, completo y exacto, de suerte que se procure al afectado el conocimiento de aquellos aspectos fundamentales del tratamiento automatizado de sus datos para poder ejercitar una defensa de sus derechos con ciertas garantías jurídicas.²⁵

Es importante destacar que el derecho de acceso no le corresponde únicamente al particular afectado por la información almacenada en un banco de datos, sino a toda persona que acredite un interés legítimo para actuar.

En líneas generales, el derecho de control sobre los archivos y los datos personales se restringe en contadas ocasiones. Las veces que así ocurre se fundamentan en cuestiones de seguridad nacional, orden público, razones morales y políticas, sin perjuicio de los derechos y acciones que a terceros les corresponde cuando están afectados sus intereses legítimos.

Es importante agregar que la obstaculización al derecho de acceso es considerada falta grave del titular o usuario del archivo.

25. Herrán Ortiz, Ana Isabel, *op. cit.*, p. 344.

TÍTULO SEGUNDO

Políticas Especiales

Capítulo Primero

Disposiciones Comunes

Artículo 17

La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades.

Artículo 18

La Ciudad promueve el desarrollo humano y económico equilibrado, que evite y compense las desigualdades zonales dentro de su territorio.

Artículo 19

El Consejo de Planeamiento Estratégico, de carácter consultivo, con iniciativa legislativa, presidido por el Jefe de Gobierno e integrado por las instituciones y organizaciones sociales representativas, del trabajo, la producción, religiosas, culturales, educativas y los partidos políticos, articula su interacción con la sociedad civil, a fin de proponer periódicamente planes estratégicos consensuados que ofrezcan fundamentos para las políticas de Estado, expresando los denominadores comunes del conjunto de la sociedad. Sus integrantes se desempeñan honorariamente.

INSTRUCCIONES PARA EVITAR EL NAUFRAGIO

Por Víctor Rodolfo Trionfetti

El artículo 17 abre la gran partitura social de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (CCABA). Los constituyentes porteños demostraron en varias partes de la redacción de la Ley Fundamental estar a la vanguardia del Derecho Constitucional, pero es en el territorio normativo que se despliega, es dentro del Título Segundo donde aparece el espesor poscolonial y la quiebra de las matrices individualistas impuestas por la modernidad eurocéntrica, lastre del constitucionalismo original.

En términos benjaminianos, la Constitución se desentiende aquí del huracán que nosotros llamamos *progreso* y se ocupa de los seres humanos como proyectos de vida y no simplemente como materia eyecta.

Los constituyentes se ocuparon en esta parte de lo colectivo y plural, del cese de la indiferencia ante el otro, de proyectos para todos y todas. Surge aquí, en toda su dimensión, el Estado constitucional y su proyecto social consciente de las alteridades y de las solidaridades.

La cartografía que propone en este punto la Constitución se orienta a garantizar la dignidad de los que “aún no llegaron”. La proa normativa de todo el Título tiene por rumbo la dignidad en la igualdad de oportunidades. Pero allí no se termina la valiosa densidad del trabajo constitucional.

Vemos en el Título Segundo una puesta en valor de la *responsabilidad de garantía* social del Estado constitucional y democrático.¹

Con frecuencia se intenta explicar que las constituciones son un proyecto colectivo, pero un examen de su genealogía pone en crisis esa explicación pues, a poco de examinar su contexto histórico –como ocurrió con los orígenes de la Constitución Nacional–, vemos que el texto constitucional germina bajo una matriz particular con pretensiones de universalidad, donde hay contradicciones y aporías. Un origen fundado por unos pocos iluminados. Walter Benjamin señaló que todo documento de la civilización es también un documento de la barbarie. Creemos que la Constitución porteña neutraliza la sentencia de Benjamin.

El Título Segundo nos muestra de manera ostensible que la mirada está dirigida a descolonizar las políticas de lo que debe entenderse por *desarrollo*.

Aparece a lo largo del Título Segundo, y con especial fuerza en el artículo 17, una propuesta para otros sentidos de vida, una participación en la planeación de una nueva expresión ética, ontológica y epistémica, vehementemente expresada a través de los artículos que componen esta parte de la Ley Fundamental de la Ciudad. En particular se destaca todo lo que se refiere al ambiente y el hábitat, donde se ofrece una dimensión del ser humano en y con el mundo complementaria y armónica. Se establece aquí una ruptura con el constitucionalismo decimonónico, el mundo ya no aparece como lugar para servirse. Ese modelo es sustituido para hacer efectivos los postulados del constitucionalismo latinoamericano, que reivindica las cosmovisiones de los pueblos andinos respecto de reglas del *buen vivir*. Estas reglas no se preocupan sólo por medir cuánto produce el hombre, sino también cuánto destruye.

Las reglas del buen vivir desplegadas en el Título Segundo de la CCABA están enfocadas al ámbito urbano. Por ese motivo, están dirigidas a desmoronar y desmontar todas aquellas instancias que ponen en riesgo o impiden ese buen vivir en un área específica.

1. Para un mayor examen de lo que consideramos *responsabilidad estatal de garantía*, ver: Mora, Ángela Rosalía y Trionfetti, Víctor Rodolfo, "El nuevo paradigma de responsabilidad estatal", *Revista Infojus*, Buenos Aires, noviembre de 2015, p. 435, Ref. SAIJ: dacfi60143.

La Ciudad de Buenos Aires y el área urbana que la circunda la convierten en una megalópolis cuya complejidad se construye desde variadas perspectivas. Así, Buenos Aires es el centro político, financiero y cultural de la Argentina, conforma un poderoso distrito electoral a nivel nacional y maneja el segundo presupuesto del país, después del asignado a la Nación. Según Bettini,² la ciudad que se transforma en megalópolis se muestra indiferente ante las normas, finalidades y necesidades humanas, funcionando en el mejor de los casos según los principios del pentágono de las cinco P (Poder, Propiedad, Publicidad, Personalidad, Progreso) en un sistema que es, al mismo tiempo, desierto ecológico, cultural y personal. Cinco atributos que bajo el hijo predilecto de la modernidad –el capitalismo– se transforman en competitividad, utilidad, cálculo e insolidaridad. A esta cuestión viene a responder y neutralizar el Título Segundo de la CCABA.

El artículo realiza no sólo una propuesta normativa, sino también axiológica. Hay una puesta en valor ontológica del ser humano. No se naturaliza la facticidad, se la diagnostica como cruel y se establecen mandatos de corrección. El constituyente asumió que la exclusión debe ser desterrada. No es una campaña pública de tal o cual gobierno, es una actividad estructural de la Constitución y obligatoria para todos los poderes constituidos.

Dentro de cada una de las palabras que componen el artículo 17 de la CCABA hay mucho más que una proposición deóntica. Hay también una mirada responsable sobre la facticidad y un mandato a los poderes constituidos –la Ciudad– por la Ley Fundamental. Esa orden, imperativa por ser jurídica, nítida por establecer quiénes son los obligados, quiénes los beneficiarios, cuál es el objeto, cómo y qué herramientas usar, en lo sustantivo tiene como propósito lograr superar aquellas condiciones sociales que generan desigualdad estructural y que hacen que la estancia en el mundo sea pura supervivencia.

El artículo 17 dispone políticas de protección sobre dos niveles de vulnerabilidad social. Se protege a individuos, grupos o colectivos más amplios. Distingue entre personas en condiciones de pobreza y personas con necesidades básicas insatisfechas.

2. Bettini, Virginio, *Elementos de ecología urbana*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 15.

Para establecer quiénes están en condiciones de pobreza, la ciencia social utiliza diversas matrices, que varían según el contexto. Entendemos que más allá de los índices que puedan utilizarse –muchas veces establecidos desde el monóculo de una disciplina–, *pobre* es aquel cuya autonomía se encuentra interferida por una situación estructural socioeconómica que condiciona sus proyectos más elementales de acceder, en iguales condiciones que otras personas, a diferentes bienes materiales o simbólicos. De tal manera, la pobreza afecta la calidad de vida porque es una forma de vida estructural y degradada.

El segundo campo de vulnerabilidad que aborda el artículo 17 se refiere a las “personas con necesidades básicas insatisfechas”. Es necesario en este punto distinguir entre aquellas personas que pueden ver lesionado un derecho concreto (el derecho a la salud, a la educación o a la estabilidad en el empleo público, para dar algunos ejemplos) de aquellas personas que como plataforma existencial tienen su cotidianeidad enfocada en la mera supervivencia. Entendemos que es a esta última clase de personas a las que está destinada la norma bajo análisis.

Las personas con necesidades básicas insatisfechas son personas indigentes. Su situación de vulnerabilidad es extrema y requieren de atención inmediata, constante y superadora de la situación que padecen. Por eso el abordaje jurídico de esta problemática debe ser multidimensional.

Sin embargo, las definiciones que se construyen alrededor del término de *carencia* siempre son relativas y nutren la tensión de la vida en democracia. La concepción del *pobre* construida desde la visión del rico puede conducir a un malentendido sobre la noción de desarrollo, como ocurrió luego de la Segunda Guerra Mundial.³ Así, se terminó definiendo a la pobreza a través del ingreso anual per cápita y la posesión de bienes materiales. El desarrollo y la inclusión deben centrarse en modificar las condiciones de vida de las personas antes que en exhibir estadísticas.

El artículo 17 de la CCABA tiene por fin superar, tanto en el caso de personas en situación de pobreza como de indigencia, las condiciones de exclusión que ello importa.

3. Cfr. Escobar, Arturo, *La invención del Tercer Mundo. Construcción y desconstrucción del desarrollo*, Caracas, Fundación Editorial el Perro y la Rana, 2007.

Es interesante porque la sintaxis axiológica de la norma se establece en “mandato a los poderes constituidos –para superar situaciones de exclusión– con recursos estatales”. Los destinatarios son las personas en situación de pobreza y de indigencia que se consideran excluidas. Basta esa condición fáctica para que la Constitución actúe.

¿Y de qué están excluidas esas personas? De la igualdad de oportunidades. ¿Respecto de quiénes? De aquellos que están incluidos. ¿Y qué tienen las personas incluidas? Oportunidades que los excluidos no tienen. ¿Qué oportunidades no tienen los excluidos? La oportunidad de ser plenamente autónomos tanto desde el punto de vista individual como colectivo.

El verbo *superar* que utiliza la norma es significativo porque define que el mandato dado por el constituyente debe dar resultados, es un mandato de transformación, no de mera constatación o cuantitativo. Debe mejorarse la calidad de vida de quienes son pobres o quienes están embarcados en la pura resistencia de no morir, haciendo de eso su trama diaria. Es tan vehemente el constituyente en su afán de transformar crueldad en calidad de vida, que dispone que las políticas sean coordinadas –responsabilidad primaria del Jefe de Gobierno según los artículos 102 y 104 CCABA– también por los poderes Legislativo y Judicial. Además, dispone con qué recursos debe realizarse esa política y habilita específicamente recursos económicos –presupuestarios–, técnicos y humanos.

Claramente hay una definición de cómo debe ser la gestión gubernamental en este campo: a) debe ser eficaz y eficiente, porque debe lograr que la población afectada supere las condiciones de exclusión; y b) para ello debe ser coordinada y con recursos suficientes para lograr el fin establecido por el constituyente. Es obvio que la falta o insuficiencia crónica de tal política importa omisión inconstitucional. La omisión constitucional tiene por causas principales la ineficiencia y la corrupción.

Por otra parte, el artículo 17 condiciona cualquier plataforma partidaria porque define desde un lugar estratégico –es decir, desde la pirámide jurídica– una de las actividades de gobierno.

La coordinación de políticas públicas para superar la pobreza es imprescindible para neutralizar la exclusión social, cuyos contornos no sólo son económicos, sino también y con igual fuerza, culturales.

La exclusión también ocurre dentro de colectivos que desde un punto de vista económico no tienen necesidades, pero por estar dentro de determinadas relaciones de poder, resultan subalternizados.

Por eso es necesaria la coordinación de políticas, porque los excluidos son seres multisituados. Hay carencias, sesgos, desigualdades o postergaciones que requieren un abordaje no fragmentario, sino desde una perspectiva heurística, que haga posible dar cuenta de distintas dimensiones en las que se sitúan los seres humanos (laboral, educativa, salud, género, etc.).

La exclusión como fenómeno a desterrar marca un horizonte que permite establecer si hay o no progresividad en materia de desarrollo social.

Resulta oportuno destacar la relación que existe entre la vida buena, la dignidad de las personas y el derecho de daños. El Título Segundo atiende a lo que en el derecho de daños convencional se designa como “proyecto de vida”; es decir, todas aquellas instancias que posibilitan la realización integral de la persona y, por lo tanto, comprenden su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. Ha señalado la CIDH que el proyecto de vida:

... se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Dificilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.⁴

También el artículo 17 es una norma de aplicación urgente, en el sentido de que no puede esperar un mejor momento político propicio, es una norma que no se subordina a coyuntura. Hacerlo sería análogo a la omisión de auxilio. En efecto, el mandato constitucional no puede subordinarse al calendario burocrático o al discurso sobre

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos, en “Loayza Tamayo vs. Perú” (reparaciones y costas), sentencia del 27/11/98, Serie C N°42, párr. 148.

la macroeconomía. Para aquellos que están excluidos, cada día es el peor día y si el Estado es ineficiente o, peor, indiferente, entonces hay omisión inconstitucional.

Parece indudable que una norma como el artículo 17 CCABA, que asume la existencia de desigualdad –si no, carece de sentido que disponga superarla–, dota a la Ley Fundamental porteña de un invaluable compromiso con la cuestión social. La norma no se limita a la burguesa pulcritud de declarar que “todos son iguales ante la ley”, sino que prescribe que aquellas personas que no son iguales ante la ley, porque no lo son aquí y ahora, deberán serlo. Deben ser incluidos. No hay velo, no hay futuro derrame, no hay promesas, hay un mandato de actividad para el presente.

La norma establece que deben asignarse recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Se trata de una asignación jerarquizada e inderogable. En cada presupuesto deben fijarse recursos destinados a superar la exclusión, a desarrollar esta clase de políticas. Como la norma bajo estudio también consagra que esas políticas tienen como propósito superar las condiciones de exclusión, el presupuesto debe permitir –como mínimo– continuar con esa dirección de mejora en la calidad de vida. Una detracción de los recursos presupuestarios en estos aspectos, además de regresiva e inconvencional, se opone claramente al mandato constitucional previsto en el artículo 17 de la CCABA. En cuanto a los recursos técnicos y humanos, se encuentran subordinados al elemento presupuestario, pero también existen pautas de calidad, eficacia y eficiencia que deben cumplirse en esa materia. La Auditoría General de la Ciudad es el órgano de control que debe velar por que no existan políticas presupuestarias regresivas en aspectos de desarrollo socioeconómico, aunque esa exigencia –debemos reiterarlo– pesa sobre todos los poderes constituidos de la Ciudad dentro de cada una de sus funciones y competencias.

Las personas con necesidades básicas insatisfechas deben ser asistidas. Esta asistencia debe ser leída desde el artículo 10 de la CCABA; es decir, desde la fuerza normativa que poseen los derechos y garantías fundamentales. Asistir estatalmente a grupos o personas desaventajadas por sus condiciones de indigencia supone que el Estado debe hacer tangible que estas personas cuenten con una plataforma existencial en la cual su dignidad no equivalga a subsistencia. La asistencia es el co-

mienzo de la transformación, del egreso de la exclusión. Asistencia no es limosna, es una etapa de una política pública de igualación.

Cualquier política pública y cualquier decisión jurisdiccional que legitime una política donde la asistencia se convierta en un mero subsidio temporal u otra catapulta burocrática para deshacerse del problema, no cumple con el artículo 17 de la CCABA. La exclusión debe superarse, esa es la lectura de buena fe que corresponde realizar, así nos interpela la norma. Sólo se supera la exclusión si cada uno de los vulnerables deja de serlo.

El texto indica que la Ciudad también tiene a cargo la promoción al acceso a los servicios públicos. *Acceso* es posibilidad continua y satisfactoria de uso de los servicios públicos. Esa pauta constitucional condiciona la forma en que pueden eventualmente hacerse la tercerización de las prestaciones de los servicios públicos y los cuadros tarifarios correspondientes, sistema de tasas, alcances y modalidades de las prestaciones específicas de cada uno de los sectores involucrados.

Se prescribe desde la Ley Fundamental porteña que los vulnerables y los excluidos ingresen a la categoría de usuarios, pues si están excluidos es obvio que no son usuarios o lo son en condiciones de desigualdad. No sería ecuánime que el constituyente consagrara derechos y garantías de disfrute inmediato para unos sectores que, frente a los excluidos, serían en rigor privilegios de los que “ya están adentro”.

Lo dicho hasta aquí lleva a la cuestión del tiempo. El factor temporal es fundamental en una política socioeconómica. Una política de esta clase no es un laboratorio de ensayo intergeneracional. Debe arrojar resultados inmediatos. Las personas no son un campo de experimentación de teorías económicas ni están para ser manipuladas por dispositivos de control biopolítico y bases de datos.

Lo que dispone el artículo 17, lo que exige como resultado, como actividad y como compromiso de gestión, es urgente. El tiempo cronometrado, pautado, agendado de las burocracias no coincide con el tiempo existencial de las personas vulnerables que, por su misma condición, carecen de las oportunidades elementales para estar dignamente en el mundo. Su problema demanda una atención urgente. Inmediata. En esa actividad están comprometidos la responsabilidad de garantía del Estado y los funcionarios encargados de desarrollar el mandato del artículo 17 CCABA (cfr. artículo 56).

El artículo 18 agrega una nueva perspectiva y refuerza el sentido del artículo 17 de la CCABA. El constituyente impone a los poderes constituidos que se promueva el desarrollo humano y económico equilibrado desde el punto de vista territorial, asumiendo las asimetrías históricas entre los distintos barrios y zonas de la Ciudad que, exhiben una desigualdad social, económica y de infraestructura entre ellas.

La Ciudad es sus habitantes y los que por ella transitan. Cualquier plan urbano y política de desarrollo debe lograr que quienes viven en una ciudad vivan bien y no ser un medio de vida de los urbanistas y corporaciones. Todas las políticas (transporte, seguridad, inmobiliaria, ocio, etc.) deben tener como fin la buena vida.

La cuestión central de la política de desarrollo humano por razones históricas y demográficas en la Ciudad de Buenos Aires gira sobre el problema de la vivienda. Se trata de un tópico complejo, radial, respecto del cual se aglutinan restantes factores como el transporte, las áreas industriales y comerciales, la educación y la salud, para mencionar las principales. El desarrollo humano y económico importa superar lo que Castells llama segregación urbana.⁵

La Constitución establece la creación de un Consejo de Planeamiento Estratégico. La mejor manera de comprender la finalidad del artículo 19 de la CCABA, donde aparece el mencionado Consejo, surge de los debates de los convencionales constituyentes.

Se dijo en esa oportunidad que el Consejo venía a inaugurar una forma directa de participación de los actores sociales relevantes en la tarea de búsqueda de un acuerdo con el resto de los actores, a fin de establecer denominadores comunes que permitan fijar una política de Estado por fuera de la coyuntura política, en la cual el Consejo representaba y permitía erigirse en un espacio público y plural para que aquellos actores dialogasen entre sí y con el Estado. Es innegable, entonces, que el Consejo de Planeamiento Estratégico es una de las herramientas que el constituyente ofrece para poner en su justo valor el principio de democracia participativa consagrado en el artículo 1 de la CCABA.

Las notas más relevantes que definen al Consejo son la pluralidad de quienes lo pueden integrar (siendo el Estado un partícipe necesario

5. Castells, Manuel, *La cuestión urbana*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1974, p. 203 y ss.

y con el deber de presidirlo a través del Jefe de Gobierno), la eminente instancia de diálogo de su funcionamiento, y su carácter consultivo y su legitimación constitucional para realizar iniciativas legislativas. Sobre este último aspecto, pueden surgir contradicciones, pues si el Consejo tiene iniciativas legislativas, estas deberían ser formuladas por el Jefe de Gobierno quien, a su vez, cuenta con esta competencia constitucional. Sin embargo, es de hacer notar que el Jefe de Gobierno preside el Consejo pero no lo representa, porque es uno de los actores convocados al diálogo –en nombre del Estado–, con lo cual no termina de quedar claro cuál sería el mecanismo para poner en funcionamiento la iniciativa legislativa de parte del Consejo. El Jefe de Gobierno ya tiene iniciativa legislativa (cfr. artículo 102, CCABA), entonces advertimos una aporía en este aspecto del artículo 19 de la CCABA. La Ley N° 310, que reglamenta el artículo 19 de la CCABA, tampoco despeja la situación analizada.

A modo de conclusión digamos que la calidad de un sistema jurídico no está en sus declaraciones, sino en los recorridos que sus normas trazan en la vida de personas con nombre y apellido; si aquellas sirven de peldaño y no de muro para transformar positivamente la calidad de vida de los seres humanos, ese instrumento llamado Derecho tendrá la posibilidad también de ser llamado Justicia.

La CCABA es la Constitución de los peldaños, sólo que a veces la facticidad los vuelve muy empinados. Nuestro desafío es que eso no ocurra.

Capítulo Segundo

Salud

DERECHO A LA SALUD

Por Alejandra Petrella

Artículo 20

Se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente.

El gasto público en salud es una inversión social prioritaria. Se aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad.

Se entiende por gratuidad en el área estatal que las personas quedan eximidas de cualquier forma de pago directo. Rige la compensación económica de los servicios prestados a personas con cobertura social o privada, por sus respectivas entidades. De igual modo se procede con otras jurisdicciones.

LINEAMIENTOS GENERALES

Conforme la sanción de la Constitución de 1853, el Estado Federal está conformado por la unión de veintitrés provincias –que conservan todo el poder y la autoridad no expresamente delegados en el Gobierno Nacional–, y la Ciudad de Buenos Aires, a la que se le reconoció autonomía en virtud de la reforma constitucional de 1994. Cada provincia tiene su propia Constitución local, conforme al sistema republicano y representativo de gobierno, que respeta las declaraciones, los derechos y las garantías de la Constitución Nacional. Entre los poderes reservados por las provincias, se encuentra la facultad de crear sus propias instituciones locales y de elegir a sus gobernadores, legislaturas, a los miembros del Poder Judicial y demás funcionarios provinciales sin interferencia del Gobierno Federal. A su vez, la mayoría de las provincias garantizan el derecho a la salud en las constituciones provinciales, y cada provincia goza de autonomía para organizar su propio sistema de provisión de salud. Este derecho, a diferencia de otros derechos sociales –tal como haré referencia *ut infra*–, no tuvo un adecuado tratamiento constitucional en Argentina. La primera referencia al tema se encuentra en el texto de la reforma constitucional de 1957, en el artículo 14 bis, que lo menciona de manera indirecta al consignar que el Estado debe otorgar “los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable” y el establecimiento de un “seguro social obligatorio”. Es decir, no existe una garantía expresa de la salud como derecho, sino que la disposición se relaciona con la cobertura de contingencias sociales vinculadas a la inserción laboral formal y asalariada. De esta forma, y a pesar de que no se encontraba reconocido

explícitamente, no resultó un impedimento para que en los hechos se desarrollara un sistema de salud público bajo la concepción de la cobertura de la salud como política universal, con una amplia red de efectores de salud a cargo del Estado y un sistema de seguros (bajo la forma de obras sociales) para los asalariados formales.

Es recién a partir de la reforma constitucional de 1994 que se reconoce la tutela y la protección de la salud por diversas vías. La primera referencia explícita se encuentra en el artículo 42, que reconoce el nuevo derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a la “protección de la salud y seguridad” en la relación de consumo. Si bien esta disposición no enfatiza las garantías universales de salud, sino que limita la protección a las relaciones de consumo, constituye –según Courtis– “un reflejo actualizado de la limitación de la protección de la salud a la relación de trabajo”.¹

La segunda vía protectora, de mayor alcance, se logró a través de la internalización de los Tratados Internacionales por conducto del artículo 75, inciso 22, que otorga jerarquía constitucional a once declaraciones y tratados de derechos humanos.

Por caso, y como consecuencia del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) –que define a la salud como “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”–, el Estado queda jurídicamente obligado a garantizar el contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales, y no puede escudarse en la falta de recursos disponibles para justificar su incumplimiento.

INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE SALUD

Al abordar la definición de la salud desde la óptica del derecho, se advierte que el criterio médico y el jurídico deben ser inescindibles y acoplarse a cuestiones psicobiosociales. Hablar de salud en general puede implicar tres alternativas: la referencia sólo a las enfermeda-

1. Confr. Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura, “El derecho a la salud en los tribunales: Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”, *Revista de la Universidad de Lanús*, Vol. 4, Núm. 3, 2008. Disponible en: <http://revistas.unla.edu.ar/saludcolectiva/article/view/345> (consultado el 26/06/16).

des, a los emergentes de estas o al proceso integral que parte del factor humano como sujeto de derecho. Adhiero a la concepción de salud en términos adaptativos, dinámicos, referidos a la calidad de vida del ser humano, que hace referencia no a una cuestión estanca, sino al proceso que importa una situación de relativo bienestar físico, psíquico, espiritual, social y ambiental, el máximo posible según el contexto histórico y las circunstancias socioculturales.

En la Constitución Nacional, el derecho a la salud no está explícitamente establecido, sino que se incluye entre los derechos implícitos que surgen del artículo 33, que lo convirtió en un principio universal (en cuanto a que es para todos los individuos que componen la colectividad), pero enunciado (como función o como derecho implícito) como un derecho individual de primera generación.² Es de destacar, por otro lado, que una postura ética implica entender la salud como un derecho humano personalísimo y no como mercancía en la economía de mercado. “La sola aplicación de las leyes de mercado hace a los enfermos más enfermos”.³

“La salud es un estado de perfecto (completo) bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad”.⁴

“El máximo bienestar posible en cada momento histórico y circunstancia determinada producto de la interacción permanente de transformación recíproca entre el sujeto social y su realidad”.⁵

Para hacer referencia a la salud como un concepto médico jurídico, debe analizarse el término con una base objetiva. Resulta plausible partir de la definición que hace el *Diccionario de la Real Academia Española* del concepto de salud:

(Del latín *salus*, *-ūtis*):

1. f. Estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones.
2. f. Condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado.

2. Ghersi, Carlos, *Análisis socioeconómico de los derechos personalísimos*, cap. IV, Buenos Aires, Ed. Cathedra Jurídica, 2005, p. 70.

3. García Canclini, Néstor, *La globalización imaginada*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1999.

4. Cfr. Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS).

5. Amico, Lucía del Carmen, *La institucionalización de la locura*, Buenos Aires, Ed. Espacio, 2005, p. 17.

3. f. Libertad o bien público o particular de cada uno.
4. f. *Rel.* En el cristianismo, estado de gracia espiritual.
5. f. *Rel.* En el cristianismo, salvación (consecución de la gloria eterna).
6. f. germ. Inmunidad de quien se acoge a lo sagrado.
7. f. pl. p. us. Actos y expresiones cortesas.⁶

UBICACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DENTRO DEL PLEXO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES⁷

Para entender la salud como un derecho social, cabe primero remontarse someramente al devenir histórico de sus concepciones y prácticas, a saber:

a. En la cultura grecorromana el concepto de salud respondía a un criterio “higienista”,⁸ hasta que a fines del siglo XV surgió la clínica,⁹ que puso en crisis dicho concepto. En esta primera etapa la medicina hipocrática importaba una relación salutogénica con el ambiente.

b. En la segunda etapa,¹⁰ se produjo un cambio en la unidad de análisis y se pasó de aquella teñida de higiene, a una de enfermedad y su cura. Predominaba el modelo lógico lineal de causa/consecuencia en el marco de una dimensión bipolar: salud/enfermedad.

c. Posteriormente, con el nacimiento de la epidemiología, esta díada se profundizó frente al descubrimiento del origen de las enfermedades infecciosas.

d. Con el paso de los años y la prevalencia de enfermedades no contagiosas, devino complicado para la epidemiología explicar las

6. *Diccionario de la Real Academia Española* (en adelante, *DRAE*), 22ª ed., disponible en: www.rae.es (fecha de consulta: 06/10/2014).

7. La jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario es conteste en incluir el derecho a la salud dentro de los derechos económicos sociales y culturales, y desde una visión integral. Cabe citar, entre muchos otros, el fallo “Barreto Marcos c/GCBA s/amparo” de la Sala III (Expte. A9055-2014-0 de marzo de 2016).

8. La higiología como concepción de la salud encuentra su origen en el criterio deísta: Hígea y Panacea –hijos del Dios–, salud y enfermedad.

9. Paracelso es considerado por la medicina como uno de los padres de la clínica.

10. Siglos XV y XVI.

causas de esas patologías y se incorporó así a la medicina el concepto de multicausalidad/multiefecto.

Este análisis de la evolución de la medicina se superpone con el nacimiento del derecho a la salud.

El derecho a la salud es uno de los derechos sociales por excelencia que se irradia al resto de los derechos. La salud como derecho nace con la Revolución Francesa, en tanto se reconoce a partir de allí la posibilidad de acceso de todo hombre a la atención médica y se establece la idea de salud como servicio público y de medicina como ciencia social. Ello se complementa luego con la reforma médica alemana de 1848, país en el que se dicta la primera Ley de Salud Pública en 1849.¹¹ Así se advierte que en su origen existió una estrecha vinculación entre el Estado y el derecho a la salud. Resultan interesantes las consideraciones al respecto que formula Foucault en su obra *El nacimiento de la clínica*¹² a partir de la mirada de las transformaciones socioculturales y económicas que genera el tratamiento de los enfermos. De alguna manera, el modo de tratar el tema guarda similitud con el que realiza en *Historia de la locura*, donde aborda la locura como un discurso desde la experiencia histórica.¹³

El derecho a la salud es hoy un derecho personalísimo e indiscutible, cuyo reconocimiento emana de disposiciones tanto supraconstitucionales como de la propia Constitución Nacional. El derecho a la vida y su corolario –el derecho a la preservación de salud– tienen a su vez una directa relación con el principio fundante de la dignidad inherente a la persona humana, soporte y fin de los demás derechos humanos amparados (Pacto de San José de Costa Rica).

A fin de comprender la perspectiva desde la cual habré de partir para formular esta línea de análisis, señalo los tres ejes en los que habré de fundar el enfoque del tema.

11. De esa época data la polémica entre higienismo y medicina social, y en Alemania fue Rudolf Virchow el primer representante de este último movimiento. La Ley de Sanidad alemana presentada a la Sociedad Médica en 1848 es de autoría del Dr. Salomon Neumann y propiciaba una visión de la medicina social que luego, y debido a los conflictos bélico-políticos, no fue aplicada integralmente.

12. Foucault, Michel, *El nacimiento de la clínica*, París, Ed. Siglo XXI, 1966.

13. Ídem, *Historia de la locura en la época clásica*, Ciudad de México, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 2006, T. I.

El primero se refiere a la salud como un derecho fundamental enmarcado en el plexo de los derechos sociales, entre los cuales se da una relación de complementación y acumulación. Resulta imprescindible vincular la salud con el resto de los derechos económicos, sociales y culturales, interrelacionándolos, integrándolos e interpretándolos de manera directa y/o subsidiaria. Por caso, los derechos a la vivienda, al trabajo y a la educación se vinculan de manera necesaria con el derecho a la salud, en tanto no pueden garantizarse y/o reclamarse sin el aseguramiento de este último. Desde la órbita de los derechos humanos, la salud se erige en un bien colectivo y social, “directriz en la orientación de la igualdad de oportunidades en el acceso al sistema sanitario, y en la priorización y distribución de los recursos disponibles”.¹⁴

Tanto la Constitución Nacional en su artículo 42 –si bien no lo hace expresamente– como la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en el artículo 20 que aquí se comenta, consagran el derecho a la salud como un derecho social y su interpretación armónica desde el plexo constitucional y aun del supralegal que emerge de los Tratados Internacionales reconocidos por el artículo 75, inciso 22 de la Carta Magna, conforme ya fuera expuesto, y que permite encuadrarlo de manera sistémica entre los citados derechos.

Sin embargo, y concretamente con respecto al tema de la salud a la luz del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, la Convención Americana no lo recoge expresamente como un derecho sino que consagra en su artículo 5 la protección a la integridad física, pero sí lo hace su protocolo adicional –conocido como de San Salvador–, que dispone el derecho a la salud, entendida esta como el derecho al más alto nivel de bienestar físico, mental y social. También lo recoge la Declaración Americana en su artículo 11. Se podría afirmar que el derecho a la salud no es reconocido de manera totalmente autónoma, sino como subsidiario al derecho a la vida o a la integridad física. Ello hace que necesariamente deba ser interpretado de manera integral con el resto del plexo de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que –y este

14. Aizenberg, Marisa, “Notas sobre la Ley N°26.682 de Reproducción Asistida. Aportes para el camino hacia su reglamentación”, Informe Preliminar publicado por el Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, p. 3. Disponible en: marisaaizenberg.blogspot.com.ar/2014/03/sobre_la_ley_de_fertilizacion_asistida.html

análisis excedería la temática propuesta— habría que ponderar si podría plantearse un litigio de manera directa ante el Sistema Interamericano (como sí está previsto para los casos de violación a los derechos al trabajo o a la educación) o debería hacerse por vías alternas o subsidiarias.¹⁵

En este eje resulta interesante advertir —siguiendo el voto del Dr. Balbín en el proceso colectivo “ACYJ c/GCBA s/amparo” en el que se dedujo una acción de amparo invocando la violación al derecho a la salud— que la protección de este derecho (entre los derechos fundamentales, DDF) tiene un efecto generalizado porque incide potencialmente sobre todos los que se encuentran en la misma situación, por lo tanto no es un derecho subjetivo, sino colectivo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional (CN) y 14, párrafo 2 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA). El grupo comprende un colectivo particularmente desprotegido y vulnerable. El derecho es a la vez individual que colectivo porque su objeto es colectivo —protección de la salud— e índice en el campo social en términos plurales y relevante (protección de los sectores más vulnerables). En la citada sentencia se interrelacionan el derecho a la salud con el derecho al ambiente y a la vivienda.¹⁶

El segundo importa considerar que la falta de atención frente al padecimiento psicofísico constituye una violación al derecho a la dignidad humana.¹⁷

Cabe precisar que el orden positivo del Derecho Internacional de los derechos humanos encuentra su soporte en la dignidad humana, valor intrínseco del ser humano (artículo 33 CN). De ella se derivan el resto de los derechos de toda persona. La protección internacional de los derechos humanos ha experimentado una considerable expansión en las últimas décadas. En las normas de Derecho Internacional reguladoras de los derechos humanos es frecuente la referencia a la

15. “V Informe Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, OEA, Ser L/VII, 1290c.4, 7 de septiembre de 2007.

16. Cfr. Expte. 25818/0 sent. del 13/12/12 y Balbín, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, LL, 2010, T. III, pp. 367, 433 y ss.).

17. Por ejemplo, esta es la perspectiva que emana de la Ley N° 26657 de Salud Mental en sus artículos 1 a 3.

dignidad de la persona humana. Otras fuentes constitucionales están dadas por los artículos 14 y 28 de la CN.

La dignidad humana imprime una inequívoca preferencia por la protección de las personas en situación de marginalidad, vulnerabilidad, desventaja, exclusión y pobreza, entre otras expresiones, como la de minorías, siempre insuficientes, desde que –como lo ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– la extrema pobreza y la exclusión constituyen una violación de la dignidad humana.¹⁸ En tal sentido, tanto la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) cuanto la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, incorporadas a nuestro Derecho interno por las Leyes N° 26378 y 25280, prevén un nuevo modelo respecto de la concepción de las personas con discapacidad basado en la autonomía y la dignidad. En tal sentido, la CDPD en sus artículos 1 y 3 habla de la promoción del respeto de la dignidad inherente a las personas con discapacidad.

El reconocimiento a la salud como derecho positivo ya no admite discusión y por ende debe protegerse a la minoría vulnerable que carezca de ella. La perspectiva de la salud como bien colectivo hace propia la dimensión social y provoca una afectación pluriindividual. El derecho a la vida digna implica el derecho a la calidad de vida y conlleva los derechos a la salud, a la integridad física y psicológica, su preservación y adecuado mantenimiento. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido este derecho como bien fundamental toda vez que quien está gravemente enfermo no puede seguir un plan de vida propio.¹⁹

En la estructura de los derechos humanos trascendentales, el derecho a la dignidad de la vida conlleva como componente el derecho a la salud. El derecho a la vida incluso se subordina al derecho a la dignidad de la vida, ya que la dignidad es un derecho tan absoluto, que no puede existir vida si en ella falta dignidad. El derecho a la inviolabilidad (a la dignidad) de la vida es un derecho inexcusable, le corresponde a cada hombre o mujer –a todos– por su condición de ser humano. Vale

18. Gialdino, Rolando, “Dignidad humana y derechos humanos”, en *Investigaciones de Derecho Comparado*, CSJN, 2/3, 2000, p. 563.

19. Fallos: 323:4931, “Asociación Esclerosis Múltiple de Salta c/E.N. y otros s/amparo”.

desde siempre y para siempre.²⁰ Este es el enfoque que ha dado la Corte Interamericana en sus pronunciamientos.

El tercero consiste en incluir las políticas sanitarias como políticas de Estado. Esto así en tanto adoptar una posición respecto a la incorporación del derecho a la salud como inserto en el plexo de los derechos sociales y entender su vinculación con el principio de dignidad humana resulta imprescindible por cuanto implica sostener la decisión política de cada Estado de intervenir activa y sustantivamente para asegurar a toda la población no sólo la promoción y protección de la salud, sino también el derecho a la atención de la enfermedad, en forma igualitaria en cantidad y calidad. Este es el enfoque de derechos que otorga al tema la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires al enunciar en el segundo párrafo del artículo que aquí se comenta, como principio, que la salud es una inversión social prioritaria, y al incluirlo dentro del capítulo denominado “Políticas Especiales”, en el que se enuncian los derechos fundamentales que la Constitución consagra y que el Estado debe garantizar, por lo que resultan claramente operativos en tanto no puede invocarse la falta de reglamentación para no efectivizarlos.²¹

En el ámbito de la salud pública se manifiestan dos paradigmas relevantes, uno individual-restrictivo con eje en la clínica, y otro social-expansivo, cuyo eje es la epidemiología. El modelo clínico (en el que se basa el modelo médico hegemónico) se ocupa del hombre aislado de su contexto vital sin tomar en cuenta su ecosistema e intenta explicar la enfermedad sobre la base del marco teórico biológico. A diferencia de este, el modelo salubrista busca explicar los fenómenos emergentes del proceso salud-enfermedad partiendo de que el ser humano es inseparable de sus circunstancias socioeconómicas, psicosociales y culturales. Desde la óptica que define la salud como la situación de relativo bienestar físico, psíquico, espiritual, social y ambiental (el máximo posible en cada momento histórico y circunstancia sociocultural determinada), debe tenerse en cuenta que dicha situación es producto de la interacción permanente y recíprocamente transformadora entre

20. Cfr. C. Fed. Mar del Plata, “Recalde, Norberto vs. Dirección de Bienestar de la Armada”, 17/06/99, DJ, 2000-1-78.

21. El artículo 10 de la CCABA establece la que se ha denominado “cláusula cerrojo” en tanto establece que la falta de reglamentación no puede tornar inoperativa una norma.

las personas y sus ambientes, comprendiendo que todos estos componentes integran a su vez el complejo sistema de la trama de la vida.²²

DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD

Con una fuerte influencia de la Constitución Federal y, en algunas cláusulas, con la impronta del Derecho comparado (por ejemplo, los artículos 1 y 19.1 de la Ley Fundamental de Bonn y el artículo 53 de la Constitución española), se dicta una Constitución considerada como de las más progresistas²³ de América Latina.

Se trata de una norma constitucional moderna, que toma como base la Constitución de 1853-1994 y parte de la necesidad de darle un contenido al concepto de autonomía y de revisar de manera crítica la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de derechos humanos. Su orientación teleológica es la de una democracia social o Estado social y democrático de Derecho.

Ya su Preámbulo –resumen de todas las disposiciones constitucionales– es el esquema de interpretación de los derechos que el texto reconoce y su télesis fundamental es la promoción del desarrollo humano en el marco de una democracia fundada en la libertad, la igualdad, la justicia y los derechos humanos. Se intentó lograr un texto que consagrara los derechos humanos y las garantías fundamentales de todos los habitantes de la Ciudad y las bases institucionales que regirían la vida de las generaciones presentes y futuras. El resultado es un cuerpo normativo que incluye las tres generaciones de derechos sociales, profundiza el constitucionalismo social, consagra normas bioéticas y establece controles institucionales sobre el poder.

En lo que aquí interesa, el texto constitucional promulgado en 1996 enuncia –reitero– políticas especiales que contemplan los derechos humanos de segunda, tercera y hasta cuarta generación (por caso, normas bioéticas). Lo hace con un lenguaje minucioso, más propio de

22. Petrella, Alejandra, “Salud mental y salud pública en la Ciudad de Buenos Aires. Una perspectiva jurídica”, *Revista CLEPIOS* N° 49, julio/octubre 2009, N° 2-vol. XV, p. 52.

23. Concepto entendido en los términos del *Diccionario de la Real Academia Española* (23ª ed.): “el adjetivo referido a ideas y actitudes de avanzada”.

una ley que de un texto constitucional. Si bien esta sección es una de las audaces novedades que presenta el texto, ha sido objeto de críticas en punto a la extensión y al lenguaje descriptivo utilizado.

Sus artículos 17, 18 y 19 establecen la orientación teleológica: toda actividad prestacional social por parte del Estado debe estar dirigida a superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante la promoción del desarrollo humano y económico equilibrado.

Puntualizados estos ejes, me referiré –con base en ellos y en las pautas que considero surgen del artículo 20, así como del subsiguiente, que más abajo se comentará– al *modelo sanitario*, que entiendo garantiza tanto técnica como teleológicamente el derecho a la salud. Este contempla:

- El sistema debe ser *público*, en el sentido de que exista una garantía de acceso equitativo a la atención, a prestaciones planificadas basados en necesidades consensuadas socialmente, independientemente de si es prestado por personas públicas o privadas.
- El modelo debe ser *comunitario* en tanto la resolución de los problemas de salud se realice en la comunidad en la que el individuo vive, sin desinsertarlo de ella.
- El sistema debe ser *universal y equitativo* con fundamento en el principio de proporcionalidad, o sea que la provisión de cuidados debe estar relacionada con el grado de necesidad.
- El modelo debe prestar *atención integral y multidisciplinar* a los problemas en punto a su naturaleza biopsicosocial.
- Debe respetar la responsabilidad asistencial territorializada, por caso, teniendo en cuenta la singularidad de los asistidos.

Estos principios también se plasman en la Ley Básica de Salud, posteriormente promulgada.²⁴

24. Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires N° 153/99, sancionada el 25/02/99, promulgada de hecho el 22/03/99 y publicada en el BOCBA N° 703 del 28/05/99. Esta reglamentada mediante el Decreto N° 208/01.

PRINCIPIOS A CONSIDERAR

Por último, y en cuanto al enfoque macro que contiene este artículo, corresponde acotar que a los principios generales que rigen el derecho a la salud –solidaridad, equidad, universalidad e igualdad–, en el ámbito local debe sumarse el de gratuidad, por claro mandato constitucional. Ello en el marco de la razonabilidad, progresividad (no regresividad) y no interrupción de los tratamientos como vectores a seguir.

En cuanto a las cuestiones presupuestarias, y toda vez que la norma constitucional establece que la salud es una inversión social prioritaria y no un gasto, estas no pueden ser invocadas como limitantes. Debe regir el principio de prioridad en la inversión pública en salud, tema al que se hará referencia en el comentario al artículo 22.

Hecho este panorama general, el articulado que sigue se refiere a las prestaciones concretas, así como al rol del Estado en la materia.

Artículo 21

La Legislatura debe sancionar una Ley Básica de Salud, conforme a los siguientes lineamientos:

1. **La Ciudad conduce, controla y regula el sistema de salud. Financia el área estatal que es el eje de dicho sistema y establece políticas de articulación y complementación con el sector privado y los organismos de seguridad social.**
2. **El área estatal se organiza y desarrolla conforme a la estrategia de atención primaria, con la constitución de redes y niveles de atención, jerarquizando el primer nivel.**
3. **Determina la articulación y complementación de las acciones para la salud con los municipios del conurbano bonaerense para generar políticas que comprendan el área metropolitana; y concerta políticas sanitarias con los gobiernos nacional, provinciales y municipales.**
4. **Promueve la maternidad y paternidad responsables. Para tal fin pone a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos.**
5. **Garantiza la atención integral del embarazo, parto, puerperio y de la niñez hasta el primer año de vida, asegura su protección y asistencia integral, social y nutricional, promoviendo la lactancia materna, propendiendo a su normal crecimiento y con especial dedicación hacia los núcleos poblacionales carenciados y desprotegidos.**
6. **Reconoce a la tercera edad el derecho a una asistencia particularizada.**

7. **Garantiza la prevención de la discapacidad y la atención integral de personas con necesidades especiales.**
8. **Previene las dependencias y el alcoholismo y asiste a quienes los padecen.**
9. **Promueve la descentralización en la gestión estatal de la salud dentro del marco de políticas generales, sin afectar la unidad del sistema; la participación de la población; crea el Consejo General de Salud, de carácter consultivo, no vinculante y honorario, con representación estatal y de la comunidad.**
10. **Desarrolla una política de medicamentos que garantiza eficacia, seguridad y acceso a toda la población. Promueve el suministro gratuito de medicamentos básicos.**
11. **Incentiva la docencia e investigación en todas las áreas que comprendan las acciones de salud, en vinculación con las universidades.**
12. **Las políticas de salud mental reconocerán la singularidad de los asistidos por su malestar psíquico y su condición de sujetos de derecho, garantizando su atención en los establecimientos estatales. No tienen como fin el control social y erradican el castigo; propenden a la desinstitucionalización progresiva, creando una red de servicios y de protección social.**
13. **No se pueden ceder los recursos de los servicios públicos de salud a entidades privadas con o sin fines de lucro, bajo ninguna forma de contratación que lesione los intereses del sector, ni delegarse en las mismas las tareas de planificación o evaluación de los programas de salud que en él se desarrollen.**

LINEAMIENTOS GENERALES²⁵

El presente artículo refiere de manera detallada las características del sistema de salud en la Ciudad, lo cual importa la política público-social en materia sanitaria que luego deberá reflejarse en los programas de gobierno. Se establece la necesidad del dictado de una ley básica de salud que contemple estos lineamientos con eje en la salud pública, la atención primaria, territorializada e integral. Cubre los derechos a la salud en general, incluida la salud mental; y prevé protección especial para la maternidad, las personas de la tercera edad y las personas con necesidades especiales, en el marco de la gratuidad, la atención perso-

25. Cabe reseñar que en relación con este artículo se dictaron la Ley N° 153 (Básica de Salud, reglamentada por los Decretos N° 208/01 y 2616/03) y la Ley N° 448 (de Salud Mental, reglamentada por el Decreto N° 635/04).

nalizada y la provisión de medicamentos. El análisis pormenorizado de la Ley Básica de Salud, oportunamente dictada, excedería los alcances del presente análisis y se han escrito varios artículos respecto a ella.²⁶

Llegados a este punto, cabe memorar que si acotamos el tema a la jurisdicción local, se deben formular algunas precisiones:

a. Durante la gestión Cavallo se transfirieron los hospitales públicos al égido local. Por ende, hoy deviene una obligación del Estado local garantizar en términos efectivos la prestación del servicio de salud a todos los vecinos.

b. La CCABA establece que la salud es una inversión social prioritaria (artículo 20).

c. Resulta claro que la salud es un servicio social ya que la propia CCABA establece en el capítulo “Políticas Especiales” que el Estado debe asegurar –por medio del área estatal de salud– las acciones colectivas e individuales tendientes a promover, proteger, prevenir, atender y rehabilitar gratuitamente con criterios de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad.

En este marco, y en materia de salud pública, la CSJN ha reconocido una serie de pautas que –con fundamento en la aplicación del artículo 12 del PIDESc– asegura el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Respecto de las omisiones estatales, la norma contiene las siguientes obligaciones básicas:

26. Petrella, Alejandra, “Las personas con capacidades diferentes y su derecho a una salud integral en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Revista Actualidad en el Derecho Público*, 2005; “El derecho a la salud como bien colectivo y su inclusión expresa en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Ius Contentiosus Publicum. Revista electrónica del Colegio de Abogados de la Matanza*, N° II, febrero/agosto de 2005, disponible en: www.iuscontpublicum.com.ar; “Salud mental y salud pública en la Ciudad de Buenos Aires. Una perspectiva jurídica”, *Revista CLEPIOS*, N° 49 julio/octubre 2009, N° 2-vol. XV; “Salud mental y salud pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Un nuevo abordaje desde el Derecho Administrativo Constitucional”, *Revista Rap*, Año XXXVIII-450, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, marzo 2016; Caramelo Díaz, Gustavo D., “La salud en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, N° 4, año II, 2001; de Pérez Cortés, María Jeanneret, “Responsabilidad del Estado y del funcionario público - Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho”, Ap. Responsabilidad del Estado en Materia de Salud Pública, Editorial Ciencias de la Administración - División Estudios Administrativos, 2001.

- garantizar el derecho a los centros de salud, especialmente de los grupos más vulnerables;
- asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima;
- garantizar el acceso a una vivienda con condiciones sanitarias básicas y agua potable;
- facilitar los medicamentos esenciales según el Programa de la Organización Mundial de la Salud (OMS);
- aplicar –sobre la base de pruebas epidemiológicas– una estrategia de salud pública.

ANÁLISIS DE LAS PRESTACIONES BÁSICAS GARANTIZADAS

Sin perjuicio de los criterios generales a seguir por la ley de salud cuyo dictado se propicia en el texto constitucional, como por ejemplo el rol de autoridad sanitaria local y la interjurisdiccionalidad, a partir del cuarto párrafo se detallan una serie de prestaciones concretas y el modo como deben ser atendidas:

Maternidad y paternidad responsables

Deben ser interpretadas armónicamente con los artículos 37, 39, 41 y a la luz del artículo 12. En el Capítulo “Derechos y Garantías” –y en el marco de la garantía del derecho a la dignidad de las personas–, la Constitución protege en su artículo 12 el derecho a la identidad, pero en lo que a la maternidad se refiere establece en su inciso 1 que en ningún caso la indocumentación de la madre puede obstaculizar la identidad del recién nacido. También se protege la filiación mediante la promoción de creación de organismos que resguarden tal derecho.

El artículo 37 protege los derechos reproductivos, que también han sido reconocidos por la pacífica jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad,²⁷ así como la igualdad de va-

27. Cfr. TSJ *in re* “Ayuso, Marcelo Roberto y otros c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo - art 14 CCABA- s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (Expte. 6368/08 de 26 de agosto de 2009); C. CAyT - Sala II *in re* “O. M. J. c/ OBSBA - Causa N° A37745-2015-1”, 08/03/2016.; “F. C. V. y otros c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires - Causa N° A3662-2015-1”, 26/02/2016; Sala I *in re* “C. G. N. y otros c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires - Causa N° 29822-0”, 05/04/2010; “M. K. I. y otros c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires - Causa N° 30843-1”, 23/10/2009.

rones y mujeres como padres, otorgándose protección a la familia en términos amplios, toda vez que el concepto de familia ya no se limita al tradicional. Máxime que tal enfoque ha sido incluso receptado por el nuevo Código Civil y Comercial vigente desde 2015.

El artículo 39 se refiere a la protección de niñas, niños y adolescentes priorizando su contención dentro del núcleo familiar.

El artículo 41 protege a las personas mayores en tanto les brinda asistencia propia y al entorno familiar, tal como se analizará en el párrafo siguiente.

Derechos de la tercera edad

Aquí deviene necesaria la remisión al artículo 41 de este mismo cuerpo legal, resaltando que la protección a la vejez que prevé la Constitución local es integral. Sin embargo, puntualmente y en lo que hace al derecho a la salud de las personas de la tercera edad, merece destacarse que la jurisprudencia local ha dado protección a este derecho con fundamento en ambos artículos.²⁸

De la protección a la vejez surge el derecho a envejecer con dignidad. Es dable reseñar en este punto que adquiere relevancia la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Atención de la discapacidad

Este acápite debe ser interpretado armónicamente con el Capítulo XIII, toda vez que las personas con necesidades especiales también son susceptibles de una protección integral y una tutela especial por parte del Estado. Por caso, el derecho a su rehabilitación es pasible de una doble cobertura: desde el derecho a la salud y como protección de la discapacidad. Es por ello que –reitero– la única interpretación plausible al hablar del derecho a la salud es desde una perspectiva sistémica.²⁹

28. Cfr. “Skenen Jorge Alberto c/ObBSA s/Amparo - art. 14 CCABA - Expte. A40242-2015-0”, 30 de junio de 2016 - Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12.

29. Me remito al comentario al artículo respectivo, así como a las consideraciones generales en materia del derecho a la salud mental, toda vez que en muchas ocasiones las personas requieren asistencia psicogeriátrica.

Políticas de medicamentos

La gratuidad en la atención de salud se extiende a la política de medicamentos, ya que su provisión –a quienes los necesiten y carecieran de otra cobertura– es un derecho. Sin embargo, tengo para mí que debería articularse una mejor política en materia de recuperos ya que, toda vez que el sistema de salud se basa en el principio de solidaridad, entre otros, y atento la finitud presupuestaria, para que los fondos resulten suficientes y no se generen inequidades resulta imprescindible impulsar acciones tendientes a que las obras sociales o las empresas de medicina prepaga reintegren al sistema de salud pública las prácticas y/o medicamentos que se hayan realizado o suministrado –ya sea por razones de urgencia, de elección de los afiliados, de especialidad o lo que fuere– a fin de que los recursos resulten suficientes para todos aquellos que lo necesiten.

Inclusión del concepto de salud mental

Cabe aclarar que, si bien la Ciudad previene las dependencias y el alcoholismo según surge del artículo en análisis, la prevención y tratamiento de las adicciones se consideran un padecimiento mental. Así lo entienden los principios generales que surgen de los instrumentos internacionales de derechos humanos en materia de salud mental, y la Ley Nacional de Salud Mental³⁰ lo establece específicamente así en su artículo 4.

El concepto de salud abarca el de salud mental y es integral, en cuanto hace al completo bienestar del ser humano. Se puede establecer que una persona está sana cuando tiene equilibrio psicofísico. La salud mental comprende un estado de armonía entre las facultades y funciones del ser humano. Según la OMS, dentro del concepto de salud en general se incluye el de salud mental, más allá de las particularidades que reviste el tema.

Resulta interesante destacar que el criterio de “locura” como proceso histórico sociológico adquiere esta concepción –o sea, la del loco como ser humano merecedor de un tratamiento médico– a partir de los conceptos de Foucault.³¹

30. Ley N° 26657.

31. Foucault, Michel, *Historia de la locura en la época clásica*, op. cit., T. I, p. 198.

Según lo expuesto hasta aquí, el concepto de salud es una categoría que incluye la enfermedad mental y que impone un análisis sistémico que contenga elementos médicos, jurídicos, históricos y sociológicos, ya que tal construcción –variable según las condiciones vigentes en cada época– condicionará el tratamiento de la institución desde la perspectiva estatal. Ello por cuanto el concepto que adopte cada Estado en punto a la salud mental determinará el tipo de protección que otorgará al enfermo, partiendo de la base de que tal garantía es operativa a la luz de los textos constitucionales que incluyen los Tratados Internacionales como Derecho interno.

Así, la demencia es un conjunto de signos y síntomas caracterizados por un deterioro global de las funciones intelectuales, para algunos autores de origen orgánico, que ocasiona una desadaptación social y un sufrimiento espiritual.

No es una enfermedad en sí, sino un trastorno con diferentes expresiones clínicas, según el período evolutivo en que se encuentre y las causas que lo originaron. Al hablar de deterioro, se hace referencia a que se presenta en una persona que previamente se encontraba normal.

En este punto, se entiende como mejor denominación a otorgar al sujeto sufriendo de patologías denominadas “psiquiátricas” por los científicos pero cuyas consecuencias producen un deterioro vital, la de “personas con padecimientos mentales”. Esta denominación designa a aquellas personas que poseen una alteración o vulneración en su salud mental. Resta así definir qué se entiende por salud mental.

Las precisiones de la OMS establecen que no existe una definición *oficial* sobre lo que es salud mental ya que cualquier definición al respecto estará influenciada por diferencias culturales, asunciones subjetivas, disputas entre teorías profesionales y demás. Sin embargo, la caracterización más aproximada sería:

La salud mental ha sido definida de múltiples formas por estudiosos de diferentes culturas. Los conceptos de salud mental incluyen el bienestar subjetivo, la autosuficiencia perseguida, la autonomía, la competitividad, la dependencia intergeneracional y la autoactualización del propio intelecto y potencial emocional, entre otros. Desde una perspectiva cultural, es casi imposible definir la salud mental de manera comprensible. Sin embargo, algunas veces se utiliza una definición amplia y los profesionales generalmente están de acuerdo en

decir que la salud mental es un concepto más complejo que decir simplemente que se trata de la carencia de un desorden mental.³²

La OMS agrega que las cuestiones de la salud mental constituyen una materia de vital importancia en todo el mundo pues tienen que ver con el bienestar de la persona, de las sociedades y de las naciones, y que sólo una pequeña minoría de los quinientos millones de personas que sufren de desórdenes mentales o del comportamiento reciben efectivamente un tratamiento. Concluye la OMS que los desórdenes mentales son producto de una compleja interacción entre factores biológicos, psicológicos y sociales.

El concepto de salud mental es, entonces, una construcción social y cultural, aunque puedan definirse o determinarse algunos elementos comunes. Por esta razón, diferentes profesiones, comunidades, sociedades y culturas tienen modos diferentes de conceptualizar su naturaleza y sus causas, determinando qué es salud mental y decidiendo cuáles son las intervenciones que consideran apropiadas.³³

Por eso, entiendo que adoptar una posición respecto a la incorporación del derecho a la salud mental como inserto en el plexo de los derechos sociales, así como entender su vinculación con el principio de dignidad humana, resulta imprescindible por cuanto implica sostener la decisión política de cada Estado de intervenir activa y sustantivamente para asegurar a toda la población no sólo la promoción y protección de la salud, sino también el derecho a la atención de la enfermedad, en forma igualitaria en cantidad y calidad.

En este aspecto, la Ley Nacional de Salud Mental resignifica el principio de la desinstitutionalización que también prevén la Carta Magna local y la Ley de Salud Mental vigente en la Ciudad, a la vez que aborda otro paradigma constituido por el cambio de eje del hospital monovalente con fundamento de validez en la salud integral como derecho humano fundamental, viéndose así reflejado el respeto por la dignidad humana.

Tal como surge de los instrumentos internacionales reseñados, es necesario establecer redes de servicios comunitarios que reemplacen

32. "Salud mental: una nueva comprensión, una nueva esperanza", *Informe Mundial de la Salud 2001. Salud mental: una nueva comprensión, una nueva esperanza*, OMS, 2001 (el artículo no está disponible en castellano).

33. Kraut, Alfredo Jorge, *Salud mental*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 152.

progresivamente los manicomios y aseguren la atención integral y multidisciplinaria de las personas con padecimientos mentales. Deviene así fundamental el rol del Estado en el cumplimiento de las acciones pendientes, derivadas por caso de la Declaración de Caracas. Los servicios públicos de salud mental deben afrontar nuevos desafíos jurídicos, técnicos y culturales, y para ello debe incluirse esta problemática en la agenda de los gobiernos.

En orden a lo expuesto hasta acá, la Constitución protege, promueve y garantiza el derecho a la salud en todos sus órdenes, y el Estado local es quien debe velar por dicho cumplimiento. Tal garantía será directa o subsidiaria según corresponda.

En tal sentido se ha expedido la jurisprudencia local sobre la base de la doctrina señera sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en precedentes como “Romero”,³⁴ “Orlando”,³⁵ “Sánchez”,³⁶ y “Segarra”,³⁷ entre muchos otros.

Artículo 22

La Ciudad ejerce su función indelegable de autoridad sanitaria. Regula, habilita, fiscaliza y controla todo el circuito de producción, comercialización y consumo de productos alimenticios, medicamentos, tecnología médica, el ejercicio de las profesiones y la acreditación de los servicios de salud y cualquier otro aspecto que tenga incidencia en ella. Coordina su actividad con otras jurisdicciones.

LINEAMIENTOS GENERALES. APUNTES SOBRE LA SALUD PÚBLICA Y EL ROL DEL ESTADO

Desde su acepción terminológica, la salud pública alude tanto al estado sanitario en que se encuentra un país, como al conjunto de servicios públicos o privados que tienen por finalidad mantener o mejorar el buen estado sanitario.

Clásicamente, los Estados cubrieron la asistencia sanitaria de sus habitantes desde dos ángulos:

34. Fallos: 328:3133.

35. Fallos: 328:1708.

36. Fallos: 328:4640.

37. Fallos: 331:1449.

a. El público y gratuito, regulado por el Derecho Administrativo, generalmente deficiente por falta de presupuesto, masivo, impersonal, segmentado y fragmentado, ya que puede corresponder a la órbita nacional, provincial o municipal.

b. El privado y con cargo, reglado por el Derecho Civil y el Comercial.

Sin embargo, esta clasificación –a la luz de lo expuesto por los tratados, la doctrina y jurisprudencia que emana de ellos– ya se ha vuelto obsoleta. En la actualidad, el servicio público de la salud es un servicio social en tanto debe satisfacer necesidades colectivas.

Esto implica un enfoque de la asistencia sanitaria desde la perspectiva del servicio público. En materia de salud, las políticas públicas deben considerar un diseño acorde a la normativa vigente y el presupuesto debe ser consonante con ella. Por ello, tal como sostiene el Dr. Corti,³⁸ la omisión presupuestaria en materia de derechos sociales –en el caso, a la salud– constituye una violación al principio financiero sustantivo de razonabilidad.

Desde hace años, médicos salubristas han sostenido que la solución a los problemas en la atención de la salud depende de:

- a) la concepción social con que se los enfoque, b) de la política en materia de salud que el país debe explicitar en función de ese enfoque, y c) de los recursos que se destinen para su servicio, en relación con aquella concepción y esa política.³⁹

Es por eso que resulta imprescindible afianzar el rol del Estado, toda vez que casi la mitad de los argentinos carece de cobertura en materia de salud. En el país hay 16 millones de personas que no acceden al sistema de las obras sociales, mucho menos al privado, y están sujetas a la atención pública, que depende habitualmente de la zona en la cual residan. Del resto de la población, el 45% de los habitantes recibe atención médica a través de su obra social, un 8,3% contrata servicios particulares de medicina prepaga o mutuales, y un 8% está afiliado al Programa Adultos Mayores Integrado (PAMI). Ciertas leyes

38. Corti, Horacio, *Derecho Constitucional Presupuestario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

39. Elena, Ítalo, *Las leyes de obras sociales y prestaciones médicas. La política sanitaria y la salud*, Buenos Aires, Publicación Especial de Anales de Medicina, 1973, p. 7.

dictadas hace relativamente poco tiempo⁴⁰ intentan propiciar una modificación de esta realidad y propender a mayor cobertura para más personas, con una fuerte regulación estatal.

En los acápites anteriores se ha hecho referencia al rol del Estado en materia de salud, pero es en este artículo donde se plasma el poder de policía estatal en la materia, que se ejerce mediante controles, habilitaciones y regulaciones.

Toda vez que los temas vinculados a la salud deben responder a una política pública nacional en la materia, implican necesariamente intersectorialidad e interjurisdiccionalidad, con coordinación de planes y programas en todo el país. Por ello, el Gobierno de la Ciudad regula, controla y fiscaliza, en el marco de su indelegable función de autoridad sanitaria, todo lo relativo a la salud en el orden local.

Esta función indelegable del Estado se da dentro del sistema de salud nacional, que ostenta los siguientes caracteres:

- Está segmentado y fragmentado. Sin mecanismos de coordinación eficaces entre provincias y organismos.
- Orientado hacia la atención médica reparativa de la enfermedad y centrado en la institución hospitalaria. Serían deseables más políticas de prevención o prioritarias, y proyección de políticas públicas en general, así como armonización entre las que hay.
- Está abierto a todos los habitantes del país, extranjeros e inmigrantes. Esta no es una característica común a los países de la región (salvo Brasil), lo cual dificulta el sistema de los recuperos. La desigualdad que existe en la distribución del ingreso en la Argentina se refleja en la cobertura de salud y se concentra fundamentalmente en los sectores rurales y los que derivan del sector informal de la economía. Es inequitativo, con asimetrías muy marcadas en los grados de cobertura y diferencias estructurales en un mismo territorio. Por ello la presencia que debe tener el Estado en la materia deviene fundamental. En parte, y como respuesta a la crisis de 2000, se diseñó una política na-

40. Ley de Salud Mental, de Producción Gratuita de Medicamentos y Ley de Medicina Prepaga.

cional de medicamentos basada en tres pilares: la Ley N° 25649 de genéricos, el Plan Médico Obligatorio y el plan Remediar.

- Deberían transparentarse los mecanismos de gestión de los sistemas de salud.
- La interjurisdiccionalidad o armonía en el sistema de salud deviene una utopía: todas las constituciones incluyen el derecho a la salud, algunas provincias y la ciudad tienen leyes especiales, sin embargo las fallas del sistema tornan inoperativo al derecho.
- Para paliar las debilidades del sistema existen diversas propuestas. Por ejemplo, algunos hablan de la necesidad del dictado de una ley federal de salud (previo pacto federal de salud y consenso) con el liderazgo de la autoridad sanitaria nacional. Quizás podría analizarse la conveniencia del dictado de una ley federal de salud pública que estableciera un piso o presupuesto mínimo en consonancia con las normas internacionales. En su defecto, sería deseable que se evaluara la pertinencia del dictado de un código de la salud pública, por caso, como existe en Francia,⁴¹ y que se plasmasen en él las políticas de Estado en la materia. Tengo para mí que el problema de la salud pública no es de costos, sino de distribución de los recursos en términos de equidad. El sistema debe caracterizarse por el principio de solidaridad para permitir su acceso a todos, pero también en el de la recuperación de los gastos que hace el Estado a favor de pacientes con obras sociales que habitan en distintas jurisdicciones o países. La atención masiva e indiscriminada a veces viola el principio de solidaridad ya que genera inequidades a nivel global. Debemos hacer efectivos los tratados y ver la salud como una inversión y no como un gasto.

En definitiva, es dable reiterar que más allá de las obligaciones que pesan en cabeza del Estado local en materia de salud y en orden al articulado en comentario, el Estado Nacional es el garante último de

41. Resulta interesante destacar que en Francia existen aproximadamente 3 mil centros de salud, de los cuales mil son estatales, catalogados como personas morales de derecho público con autonomía administrativa y financiera. El Código que regula la actividad fija la práctica de los profesionales y procura cuidados preventivos, curativos y paliativos para los ciudadanos. El gasto en salud representa el 10% del PBI (v. Mazzaferro, *op. cit.*).

su protección. En tal sentido se ha expedido la CSJN en casos tales como “Campodónico de Beviaqua”, en el cual, a partir de la interpretación del artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, impuso al Estado federal la obligación de garantizar prestaciones básicas de salud pública cuando habían fallado en proveerlas sectores privados y las propias provincias. Estableció que más allá de la distribución de competencias entre el Estado federal y las provincias, le correspondía al primero la obligación de garante final de los derechos consagrados en los tratados internacionales, en particular los relacionados al derecho a la salud, y que el Estado nacional no podía excusarse en el incumplimiento de las instancias provinciales para no cumplir con su propia obligación. En el ámbito de la salud, la Ley N° 23661 de 1998 creó el Sistema de Seguro Nacional de Salud, que otorga al Estado un rol de rector y garante final de todo el sistema. Esta ley es una pieza institucional importante, pues el Estado federal asume ciertas obligaciones sin perjuicio de las que se confieren en su ámbito de acción a las propias provincias ni de las medidas adoptadas en términos de transferencia de efectores de salud a las provincias y de estas a los municipios.⁴²

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL DERECHO A LA SALUD

Por último, hablar del rol del Estado en materia sanitaria implica hablar de la responsabilidad del Estado por su acción u omisión en materia de salud.

La responsabilidad del Estado con relación al derecho a la salud presenta un perfil positivo en tanto le impone reconocer el derecho a la salud, promoverlo por medio de políticas adecuadas, intervenir activamente en el control y prevención de enfermedades, garantizar el acceso a los servicios públicos y adoptar políticas especiales en relación a los grupos más necesitados. Tiene además una responsabilidad negativa, que se traduce en la abstención de toda política o medida de gobierno

42. Cabe citar como fallos señeros del máximo tribunal en materia de salud: “Asoc. Benghalensis” (321:1684); “Campodónico de Beviaqua” (323:3229.); “Portal de Belén” (325:292); “Sánchez” (328:4640); “Mizrahi de Tucumán S.A.” (Fallos: 295:850); “Barria, Mercedes Clelia” (Fallos: 329:1226).

que ponga en peligro la salud de la población o que importe un desconocimiento o conculcación del derecho incorporado en la faz positiva.

No existe discrecionalidad estatal para proteger o no la salud. Debe hacerlo por expreso mandato constitucional e infraconstitucional. Este no puede ser un tema sólo del Derecho Constitucional; al estar en juego políticas públicas, el Derecho Administrativo ha incluido estos nuevos temas.⁴³

Ante la transversalidad, eje de los derechos fundamentales, hay una convergencia de las distintas ramas del Derecho que abreva en el Derecho Constitucional, y una transversalidad del Derecho Administrativo. Por conducto de los textos constitucionales, así como de los Tratados Internacionales, la operatividad del derecho a la salud ya no se discute.

Tal como sostiene el Profesor Balbín, los derechos sociales son operativos, plenamente exigibles, progresivos, interdependientes e indivisibles de otros derechos (por caso, los civiles y políticos) ante el propio Estado. En este contexto, el análisis desde el Derecho Administrativo constitucionalizado impone una modificación de los principios básicos de la disciplina (derechos individuales versus prerrogativas estatales) y el cambio por el nuevo paradigma de derechos versus derechos con intermediación estatal, tomando como base los derechos fundamentales.

Para que la responsabilidad del Estado en el marco del derecho a la salud se configure, las premisas básicas a darse son: a. no cumplir de una manera regular los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico; y b. funcionamiento irregular del servicio de salud. Tales incumplimientos hacen nacer la responsabilidad del Estado por falta de servicio, ya sea por no cumplir de manera regular los deberes impuestos a sus órganos por el ordenamiento jurídico o simplemente por el funcionamiento irregular del servicio; en este caso, la asistencia a la salud de la población.

43. Entiendo que tal perspectiva puede comenzar a darse a partir de que quienes abordamos una especialidad –por caso el Derecho Administrativo– incluyamos los temas en nuestras clases y/o conferencias. En 2014, la suscripta tuvo la oportunidad de tratar la temática de la salud mental desde el Derecho Público tanto en las Jornadas Argentino Brasileñas sobre Políticas Públicas, realizadas en Villa La Angostura en 2008, cuanto en las XL Jornadas de Derecho Administrativo, realizadas en Mar del Plata en 2010.

El artículo 26 del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 2 del PIDESC establecen el compromiso de los Estados de tomar recaudos para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas. Este sería el estándar mínimo de protección frente al cual el Estado no podría oponer cuestiones presupuestarias.

Ya a fines de los setenta, el Dr. Muñoz nos hablaba de la función sanitaria del Estado y su vinculación con la función estatal por excelencia: la realización del bien común.⁴⁴ El Estado es responsable –de modo objetivo o subjetivo, según los autores– por los daños que cause con su acción u omisión.

Adentrarse en el presente análisis podría llevar hasta el extremo de analizar una eventual responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de los pactos. Ello excedería este análisis, toda vez que los fallos de una corte internacional como la Interamericana son vinculantes en el caso concreto y deben ser acatados por la jurisdicción interna, pero se discute si tales fallos imponen una doctrina legal. Más allá de ello, el postulado de buena fe que impone el artículo 31.1 de la Convención de Viena dispone que si un Estado suscribe un tratado internacional –particularmente en el ámbito de los derechos humanos– tiene la obligación de realizar los mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes. Lo cierto es que ninguna norma del Pacto de San José de Costa Rica da carácter vinculante válido (o dispone el efecto *erga omnes*) de los asuntos que resuelva la CIDH, salvo para el caso concreto. Sin embargo, resulta indudable que, tanto las sentencias de los tribunales internacionales cuanto las opiniones consultivas, se han derramado como Derecho positivo en el ámbito local y han abrevado en el acatamiento por parte de los Estados de las convenciones internacionales. Ello ha provocado mutaciones en el ordenamiento, tanto de origen sustancial como adjetivo. Y ante todo, debe analizarse cuál es el deber estatal, cuál su contenido y contorno, según las circunstancias del caso. Este es el aspecto más controvertido en punto a la complejidad que implica definir en particular cuáles son las obligaciones estatales de hacer en términos de densidad y detalle para que, luego de darles contenido, se

44. Muñoz, Guillermo, “Principio de subsidiariedad y del Estado”, *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1991.

configure el incumplimiento. En este sentido, una pauta hermenéutica en la materia que se trata podría darse frente al incumplimiento de las obligaciones básicas que –en materia de salud– contiene el artículo 12 del PIDESC (v. la Observación General N° 14 del Comité de DESC) y que configuraría la responsabilidad por omisión del Estado.

La salud como bien colectivo debe protegerse en orden al valor de solidaridad que emana del bloque de constitucionalismo social previsto por la Constitución Nacional y plenamente plasmado por la Carta Magna local.

Un ejemplo paradigmático de responsabilidad del Estado por omisión y derecho colectivo a la salud lo constituye el fallo dictado por la CSJN en autos “Asociación Benghalensis c/Estado Nacional”,⁴⁵ en el que se obligó a la demandada a realizar prestaciones positivas de asistencia, tratamiento y rehabilitación de enfermos de VIH por medio del suministro de medicamentos en los términos de la Ley N° 23798. Cabe advertir en el pronunciamiento la fuerte vinculación entre derecho procesal y sustancial al legitimar a las asociaciones titulares de un derecho de incidencia colectiva de protección a la salud, diferenciándolo así del simple interés de todos en el cumplimiento de la ley y del derecho subjetivo de cada uno de los actores.

La cuestión relativa a responsabilizar al Estado por sus conductas omisivas ha suscitado un importante debate doctrinario y una serie de fallos que no presentan una solución uniforme. Hoy no hay dudas de que el Estado es responsable por sus omisiones de carácter anti-jurídico lesivas de una situación jurídicamente protegida. O sea, la inactividad material del Estado implica omisión antijurídica, esto es: el Estado no cumple con un deber legal de hacer o lo hace mal.

No existe uniformidad –reitero– acerca de la naturaleza (subjetiva u objetiva) de dichas abstenciones, cuya verificación por sí sola no genera el deber de indemnizar, sino que deben concurrir además los otros requisitos de procedencia de la acción indemnizatoria: imputación jurídica, existencia de un daño y relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño. La configuración de la responsabilidad del Estado implica la pretensión de ilegitimidad más la pretensión resarcitoria.

45. CSJN, Fallos: 323:1339 del 01/06/2000.

Sin embargo, no resulta viable asimilar al derecho a la salud la mayoría de los supuestos clásicos dables de incluir en el tema de la omisión estatal antijurídica. Las soluciones halladas no resultan uniformes atento la inexistencia de un texto legal en el ámbito del Derecho Público que con carácter general regule este instituto. La cuestión se complica más si se toma en cuenta que la omisión de un deber legalmente impuesto –sea en forma expresa o legalmente implícita– debe necesariamente distinguir la actuación reglada de la discrecional (entendida esta no ya como el simple arbitrio, sino como la posibilidad de elegir una entre varias alternativas igualmente justas para satisfacer una necesidad de interés público). Es por esto que se entiende que el supuesto del derecho a la salud no resulta asimilable en tanto no puede jugar tanto la discrecionalidad, o al menos deben respetarse los estándares mínimos de los que se habla.

Así podría distinguirse la omisión propiamente dicha, por falta de establecimiento de políticas concretas tendientes al cumplimiento de los derechos cuya garantía propende, de aquella derivada de la elección de una entre varias soluciones basadas en una apreciación de lo justo, que viene predeterminada por la norma que atribuye competencia para obrar (acá sí operaría un margen de discrecionalidad).

Es en esta instancia cabe una breve reflexión referida a si cuando la CN y/o la CCABA imponen a las autoridades garantizar el derecho a la salud integral y la autoridad decide una alternativa para la satisfacción de dichos derechos, se agota allí el grado de apreciación que la norma le confirió a la autoridad para proveer la solución, o si –una vez escogida una entre varias alternativas; por ejemplo, el dictado de la ley básica de salud– la omisión posterior de esa obligación legal hace nacer el derecho de exigir su cumplimiento y subsidiariamente el deber de indemnizar los perjuicios correspondientes. En este caso, a dicha omisión antijurídica deberán adicionarse los restantes extremos requeridos para la procedencia de la acción indemnizatoria.

Es aquí donde deviene razonable meritar el equilibrio imprescindible entre el Estado garante de los derechos constitucionalmente consagrados y la posibilidad de satisfacción de dichos derechos con los recursos que posee.

Por su parte, la Corte se ha encargado de destacar que “la protección de la salud no sólo es un deber estatal impostergable, sino que

exige una inversión prioritaria”.⁴⁶ Y la idea fuerza que recorre todos los decisorios del Tribunal es aquella que enfatiza:

... que el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud y que dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario.

46. Así lo establecen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Capítulo Tercero Educación

Artículo 23

La Ciudad reconoce y garantiza un sistema educativo inspirado en los principios de la libertad, la ética y la solidaridad, tendiente a un desarrollo integral de la persona en una sociedad justa y democrática.

Asegura la igualdad de oportunidades y posibilidades para el acceso, permanencia, reinserción y egreso del sistema educativo. Respeto el derecho individual de los educandos, de los padres o tutores, a la elección de la orientación educativa según sus convicciones y preferencias.

Promueve el más alto nivel de calidad de la enseñanza y asegura políticas sociales complementarias que posibiliten el efectivo ejercicio de aquellos derechos.

Establece los lineamientos curriculares para cada uno de los niveles educativos.

La educación tiene un carácter esencialmente nacional con especial referencia a la Ciudad, favoreciendo la integración con otras culturas.

Artículo 24

La Ciudad asume la responsabilidad indelegable de asegurar y financiar la educación pública, estatal laica y gratuita en todos los niveles y modalidades, a partir de los cuarenta y cinco días de vida hasta el nivel superior, con carácter obligatorio desde el preescolar hasta completar diez años de escolaridad, o el período mayor que la legislación determine.

Organiza un sistema de educación administrado y fiscalizado por el Poder Ejecutivo que, conforme lo determine la ley de educación de la Ciudad, asegure la participación de la comunidad y la democratización en la toma de decisiones.

Crea y reconoce, bajo su dependencia, institutos educativos con capacidad de otorgar títulos académicos y habilitantes en todos los niveles.

Se responsabiliza por la formación y perfeccionamiento de los docentes para asegurar su idoneidad y garantizar su jerarquización profesional y una retribución acorde con su función social.

Garantiza el derecho de las personas con necesidades especiales a educarse y ejercer tareas docentes, promoviendo su integración en todos los niveles y modalidades del sistema.

Fomenta la vinculación de la educación con el sistema productivo, capacitando para la inserción y reinserción laboral. Tiende a formar personas con conciencia crítica y capacidad de respuesta ante los cambios científicos, tecnológicos y productivos.

Contempla la perspectiva de género.

Incorpora programas en materia de derechos humanos y educación sexual.

Artículo 25

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. La Ciudad puede realizar aportes al funcionamiento de establecimientos privados de enseñanza, de acuerdo con los criterios que fije la ley, dando prioridad a las instituciones que reciban a los alumnos de menores recursos.

Las partidas del presupuesto destinadas a educación no pueden ser orientadas a fines distintos a los que fueron asignadas.

* Remisión: Introducción al Libro Primero, Artículo 11, Artículo 12 inciso 5.

Capítulo Cuarto
Ambiente

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AMBIENTAL EN LA CIUDAD ES MÁS ESTRICTA QUE LA TUTELA FEDERAL

Por Marcelo López Alfonsín y Elisabeth I. Berra

Artículo 26

El ambiente es patrimonio común. Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras.

Toda actividad que suponga en forma actual o inminente un daño al ambiente debe cesar. El daño ambiental conlleva prioritariamente la obligación de recomponer.

La Ciudad es territorio no nuclear. Se prohíbe la producción de energía nucleoelectrónica y el ingreso, la elaboración, el transporte y la tenencia de sustancias y residuos radiactivos. Se regula por reglamentación especial y con control de autoridad competente, la gestión de las que sean requeridas para usos biomedicinales, industriales o de investigación civil.

Toda persona tiene derecho, a su solo pedido, a recibir libremente información sobre el impacto que causan o pueden causar sobre el ambiente actividades públicas o privadas.

Si bien esta cláusula es muy similar a la que se encuentra contemplada en el artículo 41 de la Ley Fundamental, lo cierto es que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires realiza un desarrollo más extenso sobre la protección del ambiente.

En primer término, define al ambiente como patrimonio común, lo que categóricamente lo diferencia de los restantes bienes merecedores de tutela jurídica. Como consecuencia de dicha clasificación, es insusceptible de apreciación pecuniaria y apropiación individual. El fundamento de tal reconocimiento surge de los principios políticos que *atravesan* la temática ambiental, tales como: universalidad,

equidad intergeneracional, progresividad, sustentabilidad y cooperación, entre otros.

Inmediatamente después, al igual que la Constitución Nacional, consagra la concepción del derecho sano como un derecho-deber a partir del calificativo “sano” y en el compromiso intergeneracional de su preservación.

El constituyente previó expresamente una cualidad que debe exigírsele al ambiente: la sanidad, calidad que acompaña desde sus orígenes a la corriente ecologista. El término “sano” no está exclusivamente ligado a la preservación y no contaminación de los elementos que integran el ambiente, sino que es utilizado de una manera más abarcativa. En efecto, este deber se extiende a que los ámbitos construidos por el hombre cumplan determinados requisitos mínimos de bienestar.

En segundo lugar, también de manera concordante con la Ley Fundamental, prescribe que el daño ambiental conllevará prioritariamente la obligación de recomponer. Es decir que una vez que se produce el perjuicio aparece el deber de recomposición, lo que significa que las cosas deberán volver al estado anterior en el que se encontraban.

No puede soslayarse que el Derecho Ambiental tiene la particularidad de impactar en las distintas ramas del Derecho, poniendo en cuestión las posturas clásicas imperantes en cada una de estas, las que deberán ser repensadas e interpretadas a la luz del nuevo paradigma. A esta circunstancia no es ajeno el derecho de daños, cuyos postulados también tendrán que ser rediseñados si lo que se pretende es otorgar una tutela judicial efectiva al derecho fundamental a un ambiente sano.

Ciertamente, el daño ambiental pone en jaque las teorías tradicionales respecto a la función del derecho de daños y a la atribución de responsabilidad que este contempla.

El artículo 41 de la Ley Suprema introduce en el marco constitucional la noción de “daño ambiental” y lo hace desde una lógica novedosa para nuestro ordenamiento jurídico interno. La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se orienta en estas mismas coordenadas.

Adviértase que todo el régimen de daños fue pensado desde sus orígenes a partir de la idea de reparación. Sin embargo, el dispositivo constitucional de la CABA establece que “El daño ambiental conlleva prioritariamente la obligación de recomponer”. Es decir que dejando a un lado la lógica reparativa, se postula la recomposición de los per-

juicios como una obligación primaria: esto es, que una vez acaecido el daño ambiental, aparece el deber de volver las cosas al estado en que se encontraban antes.

En este orden de ideas, no puede soslayarse que la problemática del daño ambiental no sólo impacta modificando el deber de reparación por el de recomposición, sino que pone en cuestión dos de los presupuestos básicos de atribución de responsabilidad en el tradicional derecho de daños. Concretamente estamos haciendo referencia a la posibilidad de comprobar el nexo causal y la idea de existencia de un gravamen cierto o probable para que entre en funcionamiento el andamiaje propio del derecho de daños, dado que en la antigua arquitectura sólo los daños ciertos eran resarcibles.

Entonces, el conflicto aparece básicamente cuando se vincula el daño al ambiente con el derecho genérico de daños. Besalú Parkinson¹ ha explicado este problema, en forma categórica, a través de lo que denominó la “metamorfosis de la responsabilidad civil”. En este orden de ideas, enseña que el desarrollo del sistema de responsabilidad civil ha evidenciado que, en el marco político, social y económico del codificador Vélez Sarsfield, los daños eran producidos por el ser humano. Dentro de esta concepción, la responsabilidad civil funcionaba como una sanción dado que la conducta del hombre generaba una indemnización; sólo se responsabilizaba al autor cuando era culpable –ya sea que la culpabilidad se originara por una conducta determinada o por la vigilancia de las cosas–. No obstante, este sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa no pudo subsistir cuando aparecieron los problemas derivados de la transición de la economía agrícola a la producción industrial. Ello por cuanto este nuevo orden económico introduce un nuevo supuesto de daño, aquel que nace con el uso de herramientas industriales de producción. Esta situación fue gestionada por la responsabilidad civil a través de lo que se conoce como la “teoría del riesgo”, basada en una responsabilidad objetiva y en la idea de resarcimiento. Ya no se requiere comprobar la culpa del autor, por el contrario, alcanza con probar el hecho, el perjuicio y la relación de causalidad que existe entre ambos.

1. Besalú Parkinson, Aurora V. S., *Responsabilidad por daño ambiental*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2005, pp. 53-59.

Este escenario vuelve a modificarse cuando el progreso científico y tecnológico tornó necesario atribuir responsabilidad a quienes realizan actividades susceptibles de generar daños. Así se añade lo que se considera una manifestación típica del impacto de la era tecnológica, básicamente accidentes ocasionados por la circulación de automóviles, la responsabilidad profesional y el daño informático, entre otros. Esta nueva tipología de daños no encuadraba ni en el sistema tradicional de responsabilidad por culpa, ni en el esquema de responsabilidad objetiva por daños causados por el riesgo o vicios de las cosas.

Las actividades riesgosas se diferencian radicalmente del concepto de “riesgo de la cosa” regulado por el antiguo artículo 1113 del Código Civil.² Efectivamente, una actividad puede ser riesgosa en sí misma, sin que el perjuicio sea consecuencia de la intervención de la “cosa”.

Ya en el siglo XXI se introdujo una nueva categoría: los daños graves e irreversibles. En esta hipótesis la reparación carece de sentido y cobra vital importancia la prevención, dado que de lo que se trata es de actuar para que el daño no se produzca. Bajo esta lógica el sistema de responsabilidad se convierte en una herramienta trascendental para tutelar el medioambiente.

En forma similar, François Ewald³ hace hincapié en la existencia de tres paradigmas correspondientes a etapas históricas diferentes. El primero, titulado de la *responsabilidad*, aparece en el siglo XIX, estructurado a partir de la figura del sujeto responsable, que tiene como función primordial la sanción y reparación del daño. Los elementos determinantes son la acción humana y la antijuridicidad, por ende

2. Código Civil, artículo 1113: “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”.

3. Ewald, François, “Le retour du malin génie. Esquisse d’une philosophie de la précaution”, en Olivier Godard (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, París, Editorial de la Maison des Sciences de l’homme, 1997, citado por Berros, María Valeria en “Algunas reflexiones para re-observar el problema ambiental”, *Revista Nueva Época*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2009, N° 7-2009, pp. 3-7.

alcanza con probar la autoría y el efecto dañoso. Este paradigma se observaba en el artículo 1066 del viejo Código Civil.⁴ El segundo paradigma es el de la *solidaridad*, gestado a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, cuyo disparador fueron los accidentes de tránsito. Esta categoría es gestionada desde la perspectiva de su repartición, entendiendo la responsabilidad como un hecho social. Por consiguiente, se postula un régimen de prevención colectiva de riesgos centrada en la noción de *solidaridad*, que tiene como principal figura a los seguros. Lo determinante es el daño cierto y la relación causal, con el atenuante de la probabilidad –adecuación de la vinculación causal–. Finalmente, el paradigma de la *seguridad* irrumpe hacia fines del siglo XX con la aparición de los daños graves e irreversibles. Estos ponen en evidencia la imposibilidad de ser canalizados a través de los sistemas de responsabilidad –individuales o colectivos– diseñados a partir de la previsibilidad, ya que se trata de riesgos posibles e impredecibles que se mueven en el campo de la incertidumbre.

Ahora bien, este marco normativo se modificó con la reciente sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, que en su artículo 1708 enuncia como funciones de la responsabilidad la prevención del daño y su reparación. Con posterioridad recepta el deber de prevención del daño y consagra la acción preventiva, la cual procederá cuando una acción u omisión antijurídica haga previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento, aclarando específicamente que no serán exigibles la concurrencia de ningún factor de atribución (artículos 1710 y 1711 respectivamente).

Tal como se ha anticipado, el principio de prevención en materia ambiental tiene un rol protagónico dado que una vez que se produce el daño ambiental sus consecuencias suelen ser irreversibles. Sin duda, es de suma relevancia la consagración del principio preventivo en el nuevo Código Civil y Comercial en tanto redundará en beneficio de la tutela del ambiente.

Otro punto que merece ser destacado en la temática que nos ocupa es la conceptualización del daño resarcible, que se refiere a una lesión

4. Código Civil, artículo 1066: “Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto”.

a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva (artículo 1737). Definición donde claramente queda comprendido el daño ambiental colectivo.

También constituye un acierto lo prescripto por el artículo 1757, que introduce una reforma en los elementos de la responsabilidad objetiva en cuanto incluye no sólo el riesgo o vicio de las cosas, sino también las actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. Se destaca, a su vez, que no serán eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.⁵

En su tercer párrafo, el artículo define a la Ciudad como territorio no nuclear, prohibiendo además el ingreso, elaboración, transporte y tenencia de residuos radiactivos. Cabe recordar que luego de la sanción de la Ley N° 24051,⁶ que prohíbe el ingreso de residuos peligrosos, y de su constitucionalización en 1994, muchas provincias adoptaron textos similares. Las mencionadas negativas fueron materializadas de diferentes formas en las jurisdicciones provinciales. Muchas decidieron incorporarlas al texto de la Constitución local, tal es el caso de la Ciudad de Buenos Aires, mientras que otras optaron por instrumentarlas en leyes o decretos. Independientemente de las distintas maneras en las que fueron establecidas, lo cierto es que el objetivo principal es proteger a la persona humana así como su entorno ambiental de los riesgos que atañen estos desechos y efluentes radiactivos, tanto en el presente como en el futuro.⁷

Finalmente, la norma constitucional analizada consagra el derecho a la información pública ambiental. Es inobjetable la influencia que tuvo y mantiene el Derecho Internacional como fuente primera del

5. Cafferatta, Néstor A., "Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación", LL, *Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial*, 17/11/2014, p. 273.

6. Ley N° 24051, publicada en el BO del 17/01/1992.

7. Basterra, Marcela I., "Problemática Ambiental en la Jurisprudencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Hutchinson, Tomás y Rosatti, Horacio Daniel (dirs.), *Revista de Derecho Público*, año 2010, n° 1, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 295-329.

Derecho Ambiental. La Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo establece en el Principio 10:

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones...⁸

La información que los ciudadanos reciban resulta imprescindible para una efectiva tutela de este derecho fundamental. Algunos autores⁹ consideran así que el derecho de acceso a la información ambiental es un principio general del Derecho Ambiental, e incluso señalan la relación género –derecho de acceso a la información pública– y especie –derecho a la información ambiental–.

No nos detendremos en el análisis de distintos documentos internacionales que desarrollan este punto, pero nos parece relevante señalar que en el Derecho comunitario europeo el precedente más trascendente resultó ser la directiva de la entonces Comunidad Europea N° 90/103 del 7 de junio de 1990. Este hito le permitió a Ramón Martín Mateo¹⁰ caracterizar materialmente en una primera aproximación al derecho a la información ambiental como una prerrogativa de carácter instrumental, aunque formalmente este autor afirme luego que “constituye un derecho sustantivo de titularidad colectiva genéricamente atribuido a todas las personas que deseen ejercitarlo, que no están obligadas a probar un interés determinado”. Esta presunta dicotomía entre el aspecto procedimental y el elemento sustantivo es

8. Puede ampliarse en Nápoli, Andrés M., *Acceso a la información y participación pública en materia ambiental. Actualidad del Principio 10 en la Argentina*, Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), Asociación Marplatense de Estudios Ambientales Integrales (AMEAI) y Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CEDHA), Buenos Aires, 2006.

9. Sánchez Morón, Miguel, “Transposición y garantía del derecho de acceso a la información sobre el medio ambiente”, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, Colección Urbanismo y Medio Ambiente, 1998, citado por Martín, Santiago J., “El derecho de libre acceso a la información pública”, Jiménez, Eduardo Pablo (coord.), *Derecho Ambiental. Su actualidad de cara al tercer milenio*, Buenos Aires, Ediar, 2004, p. 332.

10. Martín Mateo, Ramón, *Manual de Derecho Ambiental*, Madrid, Trivium, 1998, p. 126.

la que se va a salvar en la recepción constitucional de la cláusula ambiental introducida en la Argentina con la reforma de 1994.

Cabe destacar con carácter previo nuestra adscripción sin cortapisas al concepto de “fuerza normativa” de la Constitución, y a partir de tal posición visualizar la recepción del acceso a la información ambiental en la Ley Fundamental. En su parte pertinente, prescribe el artículo 41: “Las autoridades proveerán (...) a la información y educación ambientales”. Al incluir este mandato a los poderes públicos, el constituyente reformador amplía el contenido del nuevo derecho consagrado, y transforma a nuestro entender un aspecto instrumental en un mecanismo sustantivo para su realización efectiva. Esto revaloriza la cuestión del acceso a la información ambiental.

En consonancia, autorizada doctrina¹¹ entiende que de los mandatos constitucionales que impone el artículo 41 a los poderes públicos, el de mayor importancia es el de proveer a la información ambiental, una vez definidos los principios sobre los que debe versar esa información en la propia Constitución. En este punto el Estado asume dos deberes estrictamente vinculados entre sí: primero deberá recolectar y procesar información, para luego poder suministrarla y difundirla a la sociedad.

Los deberes constitucionales pueden surgir de manera expresa o implícita. Se conforman con mandatos de acción o abstención. Constituyen una garantía primaria de los derechos fundamentales en cuanto imponen un límite al decir de las mayorías coyunturales que no podrán desarrollar ciertas conductas o dejar de realizar determinados actos.¹²

La constitucionalización de este mandato también se da en el Derecho Público provincial argentino. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires no se mantuvo ajena a este proceso y receptó este derecho en varias normas. Así, la Constitución porteña dispone en su artículo 1 que la Ciudad organiza sus instituciones como democracia participativa y adopta para su gobierno la forma republicana y representativa, estableciendo asimismo que todos los actos de gobierno son públicos.

11. Jiménez, Eduardo P., *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, T. II, p. 471.

12. Basterra, Marcela I. y Gil Domínguez, Andrés, “El deber de información ambiental: un fallo cuyos fundamentos trascienden el caso concreto”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 45, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2003.

A mayor abundamiento, el artículo 12 garantiza “el derecho a comunicarse, requerir, difundir y recibir información libremente”. El artículo 46 asegura a los usuarios y consumidores el acceso a una información transparente, adecuada, veraz y oportuna a fin de proteger su salud, seguridad y patrimonio. También lo receptan los artículos 53 y 105, inciso 1, en materia de administración de recursos públicos, así como respecto de los contratos en los que el gobierno fuese parte, respectivamente. Y por supuesto el ya mencionado artículo 26 *in fine*.

El derecho de acceso a la información pública es incorporado en el ordenamiento jurídico local como un derecho bidireccional, que incluye tanto el derecho a informar, en cabeza del sujeto activo, como el derecho a ser informado, cuyo titular es el sujeto pasivo en la relación.¹³

En lo que respecta al desarrollo infraconstitucional de esta prerrogativa fundamental, cabe destacar, en principio, que la Ley N° 104¹⁴ positivizó el derecho a requerir y recibir información. La legitimación activa es concedida a “todas las personas”, mientras que la legitimación pasiva comprende desde todas las entidades gubernamentales de la Ciudad hasta cualquier organismo en que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tenga participación, por mínima que esta fuera.

Además, la legislación prevé expresamente que “no puede exigirse la manifestación del propósito de la requisitoria” (artículo 6). De esto se desprende que no es requisito acreditar interés alguno para ejercer el derecho de acceso a la información estatal como bien público, lo que indudablemente coadyuva a garantizar su pleno ejercicio.

En cuanto al tipo de información que puede ser solicitada, la norma en su artículo 2 prescribe que comprende toda aquella contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato. No obstante, especifica que el órgano peticionado no tiene el deber de producir información.

Ahora bien, es trascendental aclarar que la información que sea proveída debe ser completa, veraz y pertinente, lo cual implica la entrega de la totalidad de los datos que posee, sin que medie ninguna clase de reserva. A su vez, la veracidad exige que la información sumi-

13. Gil Domínguez, Andrés, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Un recorrido crítico*, Buenos Aires, Eudeba, 1997, p. 132.

14. Ley N° 104, publicada en el BOCBA del 29/12/98.

nistrada sea real y concreta. Por último, que sea adecuada requiere un vínculo directo con el objeto de la petición.

Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires tuvo oportunidad de expedirse en autos caratulados “Moreno c/ GCABA”,¹⁵ donde concluyó que “la información suministrada era incompleta en algunos casos, desactualizada en otros y parcial en algunos puntos”. En consonancia hizo lugar al amparo promovido por los defensores ante los juzgados contencioso administrativo y tributario contra el Gobierno de la Ciudad, que solicitaban se ordenara judicialmente el acceso a la información que oportunamente habían requerido, y condenó a la demandada a contestar, dentro de los diez días siguientes, la solicitud formulada por la actora en forma completa, bajo apercibimiento de aplicar una multa. Del fallo se sigue que la información debe otorgarse en forma completa y actualizada, en caso contrario se considerará que no se cumplió con el deber de informar que pesa sobre el organismo requerido; como también que el órgano requerido no tiene la obligación de crear o producir información solicitada por un ciudadano con la que no se cuente al momento de efectuarse el pedido.¹⁶

En idéntico sentido se pronunció la Corte Suprema en el fallo “Asociación por los Derechos Civiles c/PAMI”¹⁷ al hacer hincapié, por un lado, en el derecho de acceso de la asociación a la información solicitada de manera completa, y por otro lado, la obligación de la demandada a proporcionarla, salvo que demostrase que estaba alcanzada por alguna restricción legal.

Específicamente, el derecho de acceso a la información pública ambiental ha sido reglamentado por la Ley N° 303.¹⁸ De conformidad con dicha legislación, “Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información sobre el estado y la gestión del ambiente y de los recur-

15. STJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Moreno, Gustavo Daniel y otros c/ GCABA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, (2004).

16. Bastera, Marcela I., “El derecho de acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A propósito del caso Pérez Esquivel”, Petrella, Alejandra (coord.), *Quince años, quince fallos. A 15 años de la creación del fuero Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2015, pp. 309-336.

17. CSJN, “Asociación Derechos Civiles c/EN - PAMI - (dto. 1172/03) s/amparo Ley 16.986”, (2012).

18. Ley N° 303, publicada en el BOCBA del 13/01/2000.

sos naturales, (...) sin necesidad de invocar interés especial alguno que motive tal requerimiento” (artículo 1).

Por otra parte, la misma ley define la información ambiental en los siguientes términos:

- a. Cualquier tipo de investigación, dato, informe concerniente al estado del ambiente y los recursos naturales; b. Las declaraciones de impacto ambiental de obras públicas o privadas proyectadas o en proceso de ejecución; c. Los planes y programas, públicos y privados, de gestión del ambiente y de los recursos naturales y las actuaciones o medidas de protección referidas al mismo (artículo 3).

La norma es aplicable a la información obrante en poder del Gobierno de la Ciudad de cualquier autoridad, incluidas contratistas, concesionarias y empresas privadas que presten servicios públicos en su territorio (artículo 2).

En cuanto a las obligaciones de los sujetos legitimados en forma pasiva, el artículo 5 prescribe que deberán: 1) prever una adecuada organización y sistematización de la información que se genere en las áreas a su cargo; 2) facilitar el acceso directo y personal a la información que se les requiera y que se encuentre en la órbita de su competencia y/o tramitación, sin perjuicio de adoptar las medidas necesarias para evitar el entorpecimiento del normal desarrollo y funcionamiento de sus actividades; y 3) otorgar, facilitar e informar quién pudiera tener la información ambiental solicitada.

La autoridad de aplicación es el organismo del Poder Ejecutivo con competencia ambiental (artículo 7).

En lo que concierne al procedimiento, la normativa dispone que la solicitud deberá ser presentada ante la autoridad de aplicación, con la identificación del requirente, sin estar sujeta a ninguna otra formalidad (artículo 9). La solicitud deberá ser satisfecha en un plazo de quince días hábiles o, treinta si la información se encontrara en poder de terceros. Dicho lapso podrá ser prorrogado por otros quince días hábiles, si mediaran circunstancias excepcionales que impidieran reunir la información peticionada en el plazo contemplado. En este supuesto, el órgano requerido deberá comunicar las razones por las cuales hará uso de la prórroga (artículo 10).

El artículo 12 consagra el principio de gratuidad, al enunciar que “No se podrán imputar otros costos a la solicitud de información que

no sean los que surjan de la solicitud de copias de los registros o documentos en los que conste la información requerida”.

A su vez, el artículo 17 dispone que quedará exceptuada toda información que: 1) se encuentre resguardada o protegida por leyes especiales; 2) afecte la esfera de privacidad de las personas; y 3) se encuentre vinculada con las inspecciones y otros procedimientos a llevarse a cabo por el Gobierno de la Ciudad, antes de su realización.

En estos casos, las entidades públicas o privadas deberán remitir al solicitante, por intermedio de la autoridad de aplicación, un informe fundado que establezca las causales de manera indubitada (artículo 11).

A modo de conclusión final puede aseverarse que, al igual que lo hemos afirmado respecto de la Ley Fundamental, en el ámbito local el balance de la constitucionalización del ambiente es también altamente positivo. No sólo por el contenido del derecho reconocido con fuerza normativa en la Constitución de la Ciudad, desde el enfoque de los derechos humanos, sino también porque coadyuva a marcar el eje desde la materia constitucional a las diversas ramas del Derecho, sean estas públicas o privadas. El ambiente es en sí mismo un objeto de estudio transdisciplinario, y exige múltiples visiones jurídicas, pero que no deben perder la perspectiva global que debe dar el Derecho Constitucional para la adecuada interpretación jurídica.

La recepción constitucional del Derecho Ambiental representa una categoría sustantiva de prerrogativas que tienen como objetivo garantizar la armonía entre el hombre y su entorno,¹⁹ con la consiguiente repercusión que tiene en los derechos fundamentales individuales, por una parte, y en los derechos sociales, por la otra.

Por ende, hoy no existen dudas sobre su inclusión en el catálogo de los denominados “derechos humanos de tercera generación”; claro está, sin pretender agotar de este modo su caracterización con una orientación meramente historicista.

A partir de la reforma constitucional de 1994, se consolidó la idea de que el hombre es parte del ambiente y, en consecuencia, se concibe ahora la posibilidad de prevenir y resarcir el daño ambiental, independientemente de la afección individual que cada persona pueda sufrir.

19. Fernández Gimeno, J. y Gamborino Martínez, G., “El medio ambiente: conceptos generales”, en Reyes López, María José (coord.), *Derecho Ambiental Español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 25.

Una de las finalidades primordiales del artículo 41 de la Carta Magna es tutelar el ambiente en su relación con la calidad de vida de sus habitantes, subrayando la vinculación entre el resguardo de la salud y la protección ambiental. Sin embargo, la tutela constitucional del ambiente es amplia e integradora, dado que no se limita exclusivamente a la preservación del patrimonio natural, sino que incluye los valores culturales e históricos. Esta misma perspectiva ha sido reproducida por el constituyente local en el artículo 26.

El derecho a un ambiente sano, que junto con el derecho a la paz, a la libre determinación de los pueblos y al patrimonio común de la humanidad conforman el núcleo de derechos humanos de tercera generación, impacta directamente sobre el sistema jurídico en su totalidad, instaurando una nueva concepción político-filosófica: el Estado social, económico y ambiental de Derecho.

De este modo, la normativa constitucional aparece con un intento de contemplar globalmente los diversos planos de incidencia de la temática ambiental. Su orientación es dinámica, dado que la política ambiental se dirige a posibilitar el desarrollo pleno de la persona y de su calidad de vida, lo que pone de manifiesto su horizonte teleológico.²⁰

La protección eficaz del ambiente no depende exclusivamente de los aspectos normativos ni de la actuación de los poderes públicos; por el contrario, es indispensable que esta tutela legal se complemente con el activismo judicial ejercido en pos de la salvaguarda de ese derecho, por el diseño de las políticas públicas y, finalmente, por el accionar de cada habitante en su carácter de parte integrante del ambiente. No debe olvidarse que la concepción del Derecho Ambiental fue receptada como un derecho-deber. Por un lado, el derecho de toda la ciudadanía a gozar de un ambiente sano y, por el otro, el compromiso de su preservación en respuesta a la solidaridad intergeneracional.

A esta misma dirección apunta la línea jurisprudencial más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al respecto, en el *leading case* “Mendoza”²¹ el Máximo Tribunal sostuvo:

El reconocimiento de *status* constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la

20. López Alfonsín, Marcelo A., “Las acciones ambientales”, en Manili, Pablo L. (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2005, pp. 209-228.

21. CSJN, Fallos: 329:2316, “Mendoza, Beatriz S. y otros c/Estado Nacional y otros”, (2006).

obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente (...). La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.

En síntesis, la preservación, la conservación, el mejoramiento y la recuperación del ambiente son objetivos fundamentales. Estos deberes no pueden recaer solamente en los estratos gubernamentales de la República, sino que su proyección alcanza a cada uno de los ciudadanos en particular y a la sociedad civil en general, imponiéndoles la obligación de cooperar con dicha finalidad.

El paradigma ambiental transita un camino inverso: toma especialmente en cuenta el interés colectivo para garantizar el individual. Así, en aras de salvaguardar relevantes valores comunitarios –entendiendo como bien tuitivo la propia naturaleza– permite limitar derechos individuales. En similar sentido se pronunció el Tribunal Constitucional español²² al admitir el valor “calidad de vida” y, como una derivación lógica de este, la necesaria tutela del ambiente, en tanto criterios legitimadores para imponer restricciones al derecho de propiedad y demás actividades económicas lesivas para dichos bienes constitucionales.

Artículo 27

La Ciudad desarrolla en forma indelegable una política de planeamiento y gestión del ambiente urbano integrada a las políticas de desarrollo económico, social y cultural, que contemple su inserción en el área metropolitana. Instrumenta un proceso de ordenamiento territorial y ambiental participativo y permanente que promueve:

22. STC 227/1988, del 29 de noviembre de 1988.

1. La preservación y restauración de los procesos ecológicos esenciales y de los recursos naturales que son de su dominio.
2. La preservación y restauración del patrimonio natural, urbanístico, arquitectónico y de la calidad visual y sonora.
3. La protección e incremento de los espacios públicos de acceso libre y gratuito, en particular la recuperación de las áreas costeras, y garantiza su uso común.
4. La preservación e incremento de los espacios verdes, las áreas forestadas y parqueadas, parques naturales y zonas de reserva ecológica, y la preservación de su diversidad biológica.
5. La protección de la fauna urbana y el respeto por su vida: controla su salubridad, evita la crueldad y controla su reproducción con métodos éticos.
6. La protección, saneamiento, control de la contaminación y mantenimiento de las áreas costeras del Río de la Plata y de la cuenca Matanza-Riachuelo, de las subcuencas hídricas y de los acuíferos.
7. La regulación de los usos del suelo, la localización de las actividades y las condiciones de habitabilidad y seguridad de todo espacio urbano, público y privado.
8. La provisión de los equipamientos comunitarios y de las infraestructuras de servicios según criterios de equidad social.
9. La seguridad vial y peatonal, la calidad atmosférica y la eficiencia energética en el tránsito y el transporte.
10. La regulación de la producción y el manejo de tecnologías, métodos, sustancias, residuos y desechos, que comporten riesgos.
11. El uso racional de materiales y energía en el desarrollo del hábitat.
12. Minimizar volúmenes y peligrosidad en la generación, transporte, tratamiento, recuperación y disposición de residuos.
13. Un desarrollo productivo compatible con la calidad ambiental, el uso de tecnologías no contaminantes y la disminución en la generación de residuos industriales.
14. La educación ambiental en todas las modalidades y niveles.

El ordenamiento ambiental del territorio es un instrumento de política ambiental que tiene por objeto la organización espacial de las actividades en un ámbito determinado, y que toma al ambiente en una concepción amplia.

Es del caso remarcar que la conceptualización del ambiente ha sido objeto de un arduo debate doctrinario. En efecto, coexisten una multiplicidad de definiciones, que abarcan elementos sociales, culturales,

bióticos y abióticos que interactúan en un espacio y tiempo delimitado. Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, el medio ambiente es el “conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona o grupo humano”.

En sentido amplio, puede aseverarse que el ambiente es el entorno donde las personas desenvuelven su existencia, comprensivo no sólo de la naturaleza, sino también de las modificaciones que sobre esta realiza el ser humano. Esto significa que puede ser conceptualizado como la sumatoria de la naturaleza –incluyendo recursos y elementos naturales– y las manifestaciones humanas –sociales, culturales y económicas–.

En suma, se entiende por “ambiente” a la sistematización de diferentes valores, fenómenos y procesos tanto naturales como sociales que condicionan, en un determinado tiempo y espacio histórico, la vida y el desarrollo de organismos vivos, en una simbiosis integradora de relaciones de intercambio del hombre con los demás seres vivos, de los individuos entre sí, como también entre los diferentes recursos naturales renovables y no renovables.

Es decir, que puede ser definido como:

... aquel sistema global constituido por elementos naturales, artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural, que rige y condiciona la existencia y el desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.²³

Siguiendo esta línea argumental, parte de la doctrina²⁴ advierte que el ambiente puede concebirse en forma restrictiva o amplia. Para la primera postura está integrado por el conjunto de elementos físicos que lo rodean –o entre los cuales se desenvuelve– la existencia de las personas. Así, la tierra, el aire, el agua, la flora, la fauna y todos aquellos objetos materiales que son obra del hombre, conforman el ambiente, sean elementos de carácter natural o artificial. Mientras que para la segunda concepción –amplia–, el ambiente abarca también las circunstancias y condiciones físicas, sociales, culturales y económicas bajo las cuales se desenvuelve la vida humana.

23. Lorenzetti, Ricardo L., “La protección jurídica del ambiente”, *La Ley* 1997-E, p. 1463.

24. Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2004, T. I, pp. 435-436.

Ciertamente existen diferentes tendencias vinculadas a la definición del ambiente. Un concepto restringido incluye únicamente los recursos naturales y la interacción entre estos. En contraposición, una concepción amplia comprende además el paisaje y los denominados “valores ambientales” de utilidad, de agrado o de placer producidos por el medio ambiente. Entre estos últimos, están contemplados los valores de uso y los intangibles.²⁵

Una definición totalizadora e integral del ambiente alcanza los recursos naturales y culturales que directa o indirectamente conforman el hábitat humano.²⁶

En estas coordenadas, Cafferatta²⁷ enseña que el vocablo hace referencia al conjunto de elementos naturales o inducidos por el hombre que interactúan en un espacio o tiempo determinado. Mientras que fragmentado o simplificado en términos operativos designa entornos más circunscriptos, ambientes naturales, agropecuarios, urbanos y demás categorías intermedias.

Gelli²⁸ explica que es posible definir el ambiente como el conjunto de elementos naturales o transformados por el hombre y creados por él –la cultura– que permiten el nacimiento y desarrollo de organismos vivos.

De lo expuesto surge con absoluta claridad que el ambiente no es una acumulación de diversos elementos, sino que debe ser entendido como un sistema integrado. Esto es, como un conjunto de elementos que interactúan entre sí, provocando nuevas propiedades que no resultan inherentes a los elementos aislados. En consecuencia, se adopta una visión sistemática: el ambiente debe ser considerado como un todo, es decir, en forma holística.

Desde esta perspectiva, es decir enrolándose en una concepción amplia del ambiente –comprensiva de los bienes sociales, naturales y culturales–, el ordenamiento territorial deja de ser una mera planifi-

25. Di Paola, María Eugenia, “El daño ambiental”, en Sabsay, Daniel A. (dir.) y Manili, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2010, T. II, pp. 218-231.

26. Jiménez, Eduardo Pablo, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, T. II, p. 465.

27. Cafferatta, Néstor A., “Vocabulario medioambiental (con especial referencia a la legislación bonaerense)”, LLBA, 2001, p. 579.

28. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2001, p. 319.

cación de los usos del suelo y se transforma en la manifestación del modelo de desarrollo deseado, que integra, entre otros aspectos, las aspiraciones sociales en relación con los bienes colectivos.

En un Estado federal como el nuestro, la primera cuestión que debe ser tomada en cuenta es la preeminencia local del ordenamiento ambiental del territorio, para lo cual se torna necesaria la coordinación institucional en sentido horizontal a nivel de cada jurisdicción y la cooperación entre las diferentes esferas de poder. En este sentido, la noción de presupuesto mínimo de protección ambiental adquiere fundamental importancia, atento el carácter de protección básica y equidad territorial que aporta este concepto en la Constitución Nacional y que ha sido desarrollado en la legislación nacional, especialmente en la Ley General del Ambiente²⁹ y las leyes sectoriales de presupuestos mínimos de protección ambiental. Estas normas deben ser respetadas tanto por las instancias provinciales como por las locales, y también deben ser complementadas desde dichas realidades tanto en su sustancia como en su implementación.³⁰

El artículo 8 de la Ley General del Ambiente enuncia al ordenamiento ambiental del territorio como uno de los instrumentos de la política y la gestión ambiental pero sin definirlo.

Por su parte, el artículo 9 del mismo cuerpo normativo dispone que el ordenamiento ambiental desarrollará la estructura de funcionamiento global del territorio de la Nación y se generará mediante la coordinación interjurisdiccional entre los municipios y las provincias, y de estas y la Ciudad de Buenos Aires con la Nación, a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA). Este último es quien deberá considerar la concertación de intereses de los distintos sectores de la sociedad entre sí, y de estos con la Administración Pública.

A su vez, el artículo 10 hace referencia al proceso de ordenamiento ambiental poniendo el énfasis sobre el principio de realidad ambiental, en tanto contempla que deberán considerarse los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, a fin de asegurar el

29. Ley N° 25675, publicada en el BO del 28/11/2002.

30. Fundación Ambiente y Recursos Naturales, "el ordenamiento ambiental del territorio como herramienta para la prevención y transformación democrática de conflictos socio-ambientales", p. 18.

uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento, y promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable. Como puede observarse, una de las notas principales del ordenamiento ambiental del territorio es la participación ciudadana en su proceso de elaboración, por lo que este debe construirse de “abajo hacia arriba” ya que de lo contrario se produciría la imposición de un determinado modelo, lo que chocaría palmariamente con la legislación de referencia. Esta característica, a su vez, se ve robustecida por lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley General del Ambiente al apuntar que

La participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados.

A mayor abundamiento, el dispositivo legal prescribe que en la localización de las distintas actividades antrópicas y en el desarrollo de asentamientos humanos, deberá tenerse presente, de manera prioritaria: a) la vocación de cada zona o región, en función de los recursos ambientales y la sustentabilidad social, económica y ecológica; b) la distribución de la población y sus características particulares; c) la naturaleza y las características particulares de los diferentes biomas; d) las alteraciones existentes en los biomas por efecto de los asentamientos humanos, de las actividades económicas o de otras actividades humanas o fenómenos naturales; y e) la conservación y protección de ecosistemas significativos.

Sentado ello, cabe remarcar que el ordenamiento ambiental del territorio tiende a promover el funcionamiento integrado, homogéneo y solidario de las distintas esferas del Estado frente a los intereses de la sociedad.

De una interpretación integral de la legislación surge que la finalidad última de esta herramienta estratégica de la política ambiental es tener ordenado ambientalmente todo el territorio nacional, lo que obviamente implica que cada provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires realicen las acciones tendientes a alcanzar dicho objetivo coordinando sus acciones a través del COFEMA. De ello se desprende que se

trata de un concepto transversal en tanto no es posible circunscribirlo únicamente al ámbito del Derecho, sino que es preciso complementarlo con nociones políticas, económicas y sociales de una zona determinada.

Del marco normativo reseñado pueden extraerse las características principales que se le exigen al ordenamiento, entre las que se destacan: a) desplegar una estructura que contenga el funcionamiento del territorio argentino, de manera global; b) concertar intereses, tanto a nivel de los diversos sectores sociales como de estos con el estado; c) garantizar el uso “ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas”, asegurando que la degradación y el desaprovechamiento sean mínimos; y d) construir dicha estructura con base en la participación social y la coordinación interjurisdiccional en dos escalas: Municipios/Provincias y Provincias - Ciudad de Buenos Aires/Nación. La articulación de la segunda escala debe realizarse a través del COFEMA.³¹

Por su parte, la cláusula porteña en comentario impone la indispensable implementación de políticas de Estado en materia ambiental que integren en forma transversal el planeamiento, la gestión, el desarrollo económico, social y cultural.

En lo que específicamente concierne al ordenamiento ambiental del territorio, dispone en concordancia con la normativa federal que este deberá ser elaborado a través de un proceso participativo. En consecuencia, la participación pública es *conditio sine qua non* para su validez. Esta exigencia es perfectamente lógica teniendo en cuenta que las decisiones gubernamentales que pueden afectar a toda la población tienen muchas más posibilidades de ser efectivas y perdurables a lo largo del tiempo si se consideran adecuadamente al momento de su planificación todos los intereses que se ponen en “juego”. Es decir, si el proceso es cerrado, lo que disminuye es la legitimidad de la decisión.

La columna vertebral de la participación ciudadana en esta temática ha sido formulada en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo en 1992, cuyo principio 10 dispone:

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado

31. *Ibidem*, p. 20.

a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

Así quedan consagrados los tres pilares básicos de la participación ciudadana en materia ambiental, esto es, la regla del triple acceso: a la información, al proceso de toma de decisiones y a la Justicia. De esta disposición justamente surge la estrecha relación que existe entre la participación ciudadana en la gestión ambiental, y los tres derechos mencionados por dicho principio, que tienen carácter instrumental: el acceso a la información pública, la participación pública en los procesos de toma de decisiones y el acceso a la Justicia.

El concepto de participación ciudadana hace referencia a una serie de acciones y prácticas que desarrollan las personas a fin de intervenir en asuntos públicos, más allá de la responsabilidad cardinal de elegir a sus gobernantes por medio del sufragio. Su objeto es contribuir desde la comunidad a mejorar el funcionamiento del sistema democrático.

En este sentido, se ha sostenido que

La participación pública importa un canal permanente entre gobernantes y gobernados. Imprime un singular dinamismo en el sistema democrático, lo transforma. Y cualquiera sea el espacio de participación que se consolide, los beneficios que proporciona son ampliamente reconocidos.³²

Aún queda un vasto sendero por recorrer, pero de a poco se va instalando con mayor fuerza el cambio de paradigma, y empieza a comprenderse el papel protagónico que desempeña la sociedad civilmente activa en la vida política de un país. Esta situación proyecta sus consecuencias con claridad meridiana en las cuestiones ambientales que

32. Di Paola, María Eugenia y Oliver, María Fabiana, *Autonomía municipal y participación pública propuestas para la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, 2002, p. 18.

están intrínsecamente relacionadas con la población. En este contexto, la ciudadanía ambiental debe ser considerada como un proceso colectivo que engloba distintas prácticas, conocimientos y criterios que no son meramente la suma de acciones individuales, sino que el acento está fuertemente puesto en el aspecto colectivo.³³

Desde esta óptica, la participación pública aumenta las posibilidades de integrar el desarrollo con la preservación del ambiente, lo que en última instancia contribuye a mejorar las condiciones de vida de todos los habitantes.³⁴

De lo expuesto surge que tanto la LGA como la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires prevén un amplio margen para la participación ciudadana, que posibilita la implementación de una democracia más participativa. Los estándares están fijados, resta afianzar en la práctica el compromiso conjunto de la población y las autoridades públicas para que el derecho de participación sea efectivamente garantizado.

A su vez, el precepto constitucional objeto de este análisis en catorce incisos consigna verdaderas políticas de Estado. Puede advertirse que el constituyente porteño entendió y otorgó trascendencia definitiva a la cuestión ambiental de manera tal que todos los poderes del Estado deben diseñar políticas de acción teniendo en cuenta los resguardos señalados.³⁵

Por último, mención especial merece el último inciso destinado a la educación ambiental en todas las modalidades y niveles, cuestión que también ha sido contemplada junto con la información ambiental en el artículo 41 de la Ley Suprema.

Con relación a la educación ambiental, cabe reconocer como antecedente de vital importancia el principio 19 de la Declaración de Estocolmo de 1972, que expresa:

33. Berra, Elisabeth I., "El acceso a la Justicia en materia ambiental a la luz del principio 10 de la Declaración de Río. Perfiles de la problemática de la tutela judicial del ambiente", *Revista de Derecho Ambiental*, JA, fascículo 12, 2013-IV, Abeledo Perrot, pp. 87-98.

34. *Manual de ciudadanía ambiental. Herramientas para ejercer los derechos de acceso a la información pública, participación ciudadana y acceso a la Justicia*, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires, 2010, p. 19.

35. Pierini, Alicia; Lorences, Valentín y Comparatore, Luis, *Derecho Ambiental. Aportes para una mejor planificación, gestión y control en materia ambiental metropolitana*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2007, p. 65.

Es indispensable una educación en labores ambientales, dirigida tanto a las generaciones jóvenes como a los adultos, y que preste la debida atención al sector de la población menos privilegiada, para ensanchar las bases de una opinión pública bien informada y de una conducta de los individuos, de las empresas y de las colectividades, inspirada en el sentido de su responsabilidad en cuanto a la protección y mejoramiento del medio en toda su dimensión humana. Es también esencial que los medios de comunicación de masas eviten contribuir al deterioro del medio humano y difundan, por el contrario, información de carácter educativo sobre la necesidad de protegerlo y mejorarlo, a fin de que el hombre pueda desarrollarse en todos los aspectos.

La educación ambiental debe estar orientada hacia la comunidad. Debe interesar al individuo en un proceso activo para resolver los problemas en el contexto de realidades específicas, así como fomentar la iniciativa, el sentido de la responsabilidad y el empeño de edificar un futuro mejor. Por su propia naturaleza, la educación ambiental puede contribuir poderosamente a renovar el proceso educativo. Con objeto de alcanzar estos objetivos, exige la realización de ciertas actividades específicas para colmar las lagunas que, a pesar de las notables tentativas efectuadas, siguen existiendo en los sistemas de enseñanza.³⁶

Es preciso mencionar que la educación ambiental también se encuentra contemplada por la Ley General del Ambiente como uno de los objetivos de la política ambiental. Al respecto, el artículo 2 prescribe:

La política ambiental nacional deberá cumplir con los siguientes objetivos: (...) h) Promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal...

Asimismo, el artículo 8 menciona, entre otros, a la educación en la materia como un instrumento de la política y gestión ambiental.

En el artículo 14 se establece categóricamente la importancia de la educación ambiental como una herramienta idónea para transmitir valores, comportamientos y actividades acordes con un ambiente sano entre los ciudadanos, orientando sus conductas hacia la conservación

36. Rodríguez, Carlos Aníbal, "La educación ambiental y el derecho ambiental", La Ley, Sup. Act. 21/02/2008, p. 1.

de los recursos naturales y su utilización sostenible, de forma tal que redunde en beneficio de una mejora en la calidad de vida a nivel general.

Finalmente, el artículo 15 dispone que

La educación ambiental constituirá un proceso continuo y permanente, sometido a constante actualización que, como resultado de la orientación y articulación de las diversas disciplinas y experiencias educativas, deberá facilitar la percepción integral del ambiente y el desarrollo de una conciencia ambiental...

A su vez, ordena a las autoridades la coordinación con el COFEMA de los programas para la implementación en los sistemas de educación, por lo que posteriormente las distintas jurisdicciones tienen el deber de instrumentar los programas básicos consensuados mediante las normas correspondientes.³⁷

Artículo 28

Para asegurar la calidad ambiental y proveer al proceso de ordenamiento territorial, se establece:

- 1. La prohibición de ingreso a la Ciudad de los residuos y desechos peligrosos. Propicia mecanismos de acuerdo con la provincia de Buenos Aires y otras jurisdicciones, con el objeto de utilizar o crear plantas de tratamiento y disposición final de los residuos industriales, peligrosos, patológicos y radiactivos que se generen en su territorio.**
- 2. La prohibición del ingreso y la utilización de métodos, productos, servicios o tecnologías no autorizados o prohibidos en su país de producción, de patentamiento o de desarrollo original. La ley establecerá el plazo de reconversión de los que estén actualmente autorizados.**

La Constitución Nacional, en el cuarto párrafo, establece una prohibición expresa con el máximo nivel normativo: la de introducir en el territorio nacional residuos actual o potencialmente peligrosos y los radiactivos. La redacción fue impulsada por varias organizaciones no gubernamentales que trabajaron en una tarea de *lobby* sobre este punto, entre las que cabe destacar a Greenpeace Argentina. No obstante, vale aclarar que dicha prohibición desde el ámbito legislativo ya estaba

37. López Alfonsín, Marcelo A., *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Astrea, 2012, pp. 124-125.

prevista a través de la Ley N° 24051³⁸ de Residuos Peligrosos, anterior a la reforma constitucional de 1994.

De conformidad con dicha ley, se considera “peligroso”:

... todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. En particular serán considerados peligrosos los residuos indicados en el Anexo I o que posean alguna de las características enumeradas en el Anexo II de esta ley. Las disposiciones de la presente serán también de aplicación a aquellos residuos peligrosos que pudieren constituirse en insumos para otros procesos industriales. Quedan excluidos de los alcances de esta ley los residuos domiciliarios, los radiactivos y los derivados de las operaciones normales de los buques, los que se regirán por leyes especiales y convenios internacionales vigentes en la materia (artículo 2).

Existen diversas clasificaciones de residuos, que pueden responder al origen, a las características o a su estado físico. De conformidad con esto, los residuos pueden ser comunes, peligrosos, patogénicos, radioactivos, domiciliarios, industriales, hospitalarios, o bien sólidos, líquidos o gaseosos. En nuestro sistema normativo, cada uno de estos se rige por una legislación específica.

A nivel nacional, la Ley N° 25018³⁹ fija los instrumentos básicos para la gestión adecuada de los residuos radiactivos. El artículo 3 los define como:

... todo material radiactivo, combinado o no con material no radiactivo, que haya sido utilizado en procesos productivos o aplicaciones, para los cuales no se prevean usos inmediatos posteriores en la misma instalación, y que, por sus características radiológicas no puedan ser dispersados en el ambiente de acuerdo con los límites establecidos por la Autoridad Regulatoria Nuclear.

La Ley N° 25612⁴⁰ establece los presupuestos mínimos de protección ambiental sobre la gestión integral de residuos de origen industrial y de actividades de servicio que sean generados en todo el territorio nacional, y que sean derivados de procesos industriales –“actividad,

38. Ley N° 24051, Publicada en el BO del 17/01/1992.

39. Ley N° 25018, Publicada en el BO del 23/10/1998.

40. Ley N° 25612, Publicada en el BO del 29/07/2002.

procedimiento, desarrollo u operación de conservación, reparación o transformación en su forma, esencia, calidad o cantidad de una materia prima o material para la obtención de un producto final mediante la utilización de métodos industriales”– o de actividades de servicios –“actividad que complementa a la industrial o que por las características de los residuos que genera sea asimilable a la anterior, en base a los niveles de riesgo determinados en la legislación”– (artículo 1).

En el artículo 2 define el residuo industrial como:

... cualquier elemento, sustancia u objeto en estado sólido, semisólido, líquido o gaseoso, obtenido como resultado de un proceso industrial, por la realización de una actividad de servicio, o por estar relacionado directa o indirectamente con la actividad, incluyendo eventuales emergencias o accidentes, del cual su poseedor productor o generador no pueda utilizarlo, se desprenda o tenga la obligación legal de hacerlo.

En cuanto a la responsabilidad de las jurisdicciones, el artículo 8 prescribe:

Las autoridades provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, responsables del control y fiscalización de la gestión integral de los residuos alcanzados por la presente, deberán identificar a los generadores y caracterizar los residuos que producen y clasificarlos, como mínimo, en tres categorías según sus niveles de riesgo bajo, medio y alto.

Además, la Ley N° 25916⁴¹ determina los presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión integral de los residuos domiciliarios, sean estos de origen residencial, urbano, comercial, asistencial, sanitario, industrial o institucional, con excepción de aquellos que se encuentren regulados por normas específicas (artículo 1).

Dicha normativa denomina residuo domiciliario a “aquellos elementos, objetos o sustancias que como consecuencia de los procesos de consumo y desarrollo de actividades humanas, son desechados y/o abandonados” (artículo 2).

Por supuesto, y como es propio de la legislación de presupuestos mínimos, se precisa que la autoridad de aplicación serán los organismos que determinen las jurisdicciones locales (artículo 5), los que, a su

41. Ley N° 25916, Publicada en el BO del 07/09/2004.

vez, serán responsables de la gestión integral de residuos domiciliarios producidos en su jurisdicción (artículo 6).

El dispositivo constitucional abordado, al igual que el precedente, hace mención a políticas de Estado: “asegurar la calidad ambiental y proveer al proceso de ordenamiento territorial”. A continuación, en el primer inciso –de manera concordante con lo dispuesto en la Ley Fundamental– el artículo comentado prohíbe el ingreso a la Ciudad de los residuos y desechos peligrosos, además de fomentar la realización de acuerdos con otras jurisdicciones para su tratamiento.

Por otro lado, en el segundo inciso establece la prohibición de ingreso y utilización de productos o tecnologías no autorizados en otros países. Finalmente, prevé que una norma especial deberá indicar los plazos en que las actividades que se estén realizando bajo dicha modalidad deban adecuarse a lo dispuesto por la Constitución.

En el ámbito local, también las diferentes clases de residuos fueron reglamentados en distintas normas. Así, la Ley N° 154⁴² –modificada por la Ley N° 5454–⁴³ reglamenta la generación, manipulación, almacenamiento, recolección, transporte, tratamiento y disposición final de todos los residuos patogénicos provenientes de aquellas actividades que propendan a la atención de la salud humana y animal, con fines de prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, estudio, docencia, investigación o producción comercial de elementos biológicos, ubicados en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires (artículo 1).

De conformidad con el artículo 2 de la legislación, son residuos patogénicos:

... aquellos desechos o elementos materiales en estado sólido, semi-sólido, líquido o gaseoso que presumiblemente presenten o puedan presentar características de infecciosidad, toxicidad o actividad biológica que puedan afectar directa o indirectamente a los seres vivos, o causar contaminación del suelo, del agua o de la atmósfera que sean generados en la atención de la salud humana o animal por el diagnóstico, tratamiento, inmunización o provisión de servicios, así como también en la investigación o producción comercial de elementos biológicos o tóxicos...

42. Ley N° 154, Publicada en el BOCBA del 17/05/1999.

43. Ley N° 5454, Publicada en el BOCBA del 13/01/2016.

Por su parte, la Ley N° 2214⁴⁴ regula la generación, manipulación, almacenamiento, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos peligrosos en la Ciudad (artículo 1). En cuanto a qué tipo de residuos considera peligrosos, a diferencia de la normativa nacional, no proporciona una definición sino que directamente los enumera. Sin embargo, en el artículo 6 especifica varios conceptos, a saber: a) Actividad generadora de residuos peligrosos: etapas de producción o servicios, que den lugar a la generación de residuos peligrosos. En el caso de procesos industriales, la actividad es considerada desde el ingreso de la materia prima o insumo, hasta la salida del producto terminado o semiterminado incluyendo todos los servicios anexos a la producción. En el caso de las actividades de servicio, toda acción o prestación que involucre la generación de residuos peligrosos. b) Cuerpo receptor: cuerpo natural en el cual tienen o pueden tener destino final los residuos peligrosos (aguas superficiales continentales, aguas subterráneas, mares y océanos, la atmósfera y los suelos). c) Gestión de residuos peligrosos: conjunto de acciones que comprenden las etapas de generación, manipulación, almacenamiento, transporte, tratamiento, recuperación, reciclado, disposición final y reutilización de residuos peligrosos. d) Insumo: todo bien empleado en la producción de otros bienes. e) Límites de emisión y vertido: máximos permitidos, expresados en concentración o carga másica, para el vertido o emisión de sustancias residuales, establecidos de acuerdo con los objetivos de protección ambiental o de cumplimiento de los estándares de calidad respectivos, establecidos por la reglamentación. f) Tratamiento: toda operación destinada a modificar las características físicas, químicas y/o biológicas de los residuos peligrosos a fin de tornarlos menos riesgosos para su manejo, reciclado o disposición final. g) Residuo: cualquier sustancia u objeto en cualquier estado físico de agregación, del cual su poseedor se desprenda, tenga la intención o la obligación de desprenderse. h) Peligrosidad: capacidad intrínseca de una sustancia o mezcla de sustancias de causar efectos adversos, directos o indirectos, sobre la salud o el ambiente.

En este contexto, no puede soslayarse que uno de los grandes desafíos de la actualidad es la problemática que gira en torno a los sistemas

44. Ley N° 2214, Publicada en el BOCBA del 24/01/2007.

de gestión de residuos urbanos. En consonancia, en los últimos años este tema adquirió un papel protagónico en la agenda de la política pública ambiental, no sólo a nivel local sino también internacional.

Comienza a ponerse de manifiesto que el modelo clásico de recolección genera preocupaciones ambientales, ecológicas y sociales debido a los efectos adversos que trae aparejado sobre el ambiente, materializados básicamente en los altos niveles de contaminación de suelos, aire y agua que produce la recolección no diferenciada y la disposición final de los residuos en basurales a cielo abierto o como relleno sanitario.

Esta situación se agrava año a año toda vez que la generación de residuos aumenta a un ritmo vertiginoso, y se evidencia que los sistemas vigentes de gestión de los residuos resultan a todas luces inadecuados.

Es indiscutible, entonces, la dimensión del “problema de la basura” en todo el territorio de la República, agravándose aún más en el área metropolitana y en el conurbano bonaerense. En respuesta a esta realidad, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionó en 2005 la denominada “Ley de Basura Cero”,⁴⁵ orientada hacia la disminución en la generación y el entierro de basura a través de un circuito de recuperación y reciclado, adoptando de esta manera la tendencia que se sigue en el Derecho Comparado.

Esta legislación constituye un claro ejemplo de regulación local de la ley de residuos domiciliarios. La sanción de la norma implicó un cambio radical en la forma de administrar los residuos sólidos urbanos que se generan en la Ciudad, ello por cuanto se adopta como principio para la problemática en cuestión el paradigma de “basura cero”.

El artículo 2 define este concepto como:

... el principio de reducción progresiva de la disposición final de los residuos sólidos urbanos, con plazos y metas concretas, por medio de la adopción de un conjunto de medidas orientadas a la reducción en la generación de residuos, la separación selectiva, la recuperación y el reciclado.

Se establece un cronograma de reducción progresiva de la disposición final en rellenos sanitarios: 30% para 2010, 50% para 2012 y 75% para 2017, tomando como base los niveles enviados a la CEAMSE en

45. Ley N° 1854, publicada en el BOCBA del 12/01/2006.

2004. Se prohíbe para 2020 la disposición final de materiales tanto reciclables como aprovechables.

A fin de poder cumplir con dichas metas se prevén sendas medidas, dentro de las que se destacan las siguientes:

1. Programas de educación permanente (artículo 8).
2. Separación en origen a cargo del generador, de manera tal que los residuos pasibles de ser reciclados queden distribuidos en diferentes contenedores para su recolección diferenciada, posterior clasificación y procesamiento (artículo 14). A mayor abundamiento, el Decreto reglamentario N° 639/2007⁴⁶ dispone que deben separarse en residuos húmedos y secos.
3. Responsabilidad del productor, importador o distribuidor hasta la disposición final, quienes soportarán los costos de recolección y eliminación de los productos que no puedan ser reciclados (artículo 15).
4. Disposición inicial selectiva (artículos 16 y 17). La reglamentación realiza una categorización de los residuos que estarán sujetos a un manejo especial, entre otros contempla los residuos de demolición, aparatos eléctricos, pilas y baterías. Para cumplir con la administración específica la autoridad de aplicación debe proveer contenedores en la vía pública, así como en las instalaciones de generadores especiales.
5. Recolección diferenciada discriminando por tipo de residuo, en función de su tratamiento y valoración posterior (artículos 18 y 19). Se asigna al Poder Ejecutivo el deber de arbitrar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento progresivo de los objetivos de la recolección diferenciada (artículo 20).
6. Transporte. La recolección de los residuos sólidos urbanos húmedos debe realizarse con vehículos de caja cerrada, que aseguren la reducción del volumen y eviten el derrame de líquidos provenientes de los residuos (artículo 24). Con similar criterio, se establecen pautas de recolección para residuos sólidos urbanos secos (artículo 25).
7. En los centros de selección se acumulan y clasifican los residuos sólidos urbanos secos, para posteriormente ser inser-

46. Decreto N° 639/2007, publicado en el BOCBA del 09/05/2009.

tados en el mercado secundario como insumos para nuevos procesos productivos (artículo 28), mientras que aquellos residuos que se consideren no susceptibles de reciclado serán derivados a los sitios de disposición final (artículo 29).

Los residuos sólidos urbanos que no puedan ser tratados por las tecnologías disponibles, serán destinados a relleno sanitario –artículo 34–.

8. Se prohíbe la descarga de basura a cielo abierto, el vuelco en cauces de agua y el mal enterramiento (artículo 36).
9. Deben realizarse campañas de difusión a fin de promover los cambios de hábitos en los habitantes y los beneficios de la separación en origen de la recolección diferenciada de los residuos sólidos urbanos, del reciclado y la reutilización (artículo 39). El decreto reglamentario dispone que el 5% del monto del presupuesto de la Ciudad correspondiente a “Gastos de Publicidad” debe ser destinado al cumplimiento de este objetivo.
10. Las contrataciones estatales darán prioridad, ante igualdad de calidad, prestación y precio, a los productos que se certifiquen que en su producción utilizaron insumos reciclados o reutilizados (artículos 40 y 41).
11. Incentivos: la Ciudad podrá otorgar líneas de crédito y subsidios destinados a las cooperativas de recuperadores urbanos inscritas en el Registro Permanente de Cooperativas y de Pequeñas y Medianas Empresas (REPyME) –artículo 44–.
12. Sanciones: en primer lugar, se establece una multa –entre \$50 y \$500– para quienes dejen en la vía pública residuos fuera del horario permitido, en recipientes no autorizados, o no realicen la separación de origen. El monto de la multa se incrementa –desde \$200 hasta \$5.000– cuando cualquiera de las conductas sancionadas fueran cometidas por establecimientos que desarrollan actividades comerciales o inmuebles afectados al régimen de propiedad horizontal. En estos supuestos, también se incorpora como sanción la inhabilitación o clausura (artículo 46). En segundo lugar, sanciona el incumplimiento por parte de los generadores a gran escala, transportistas, responsables de centros de selección, de transferencia y tratamiento, con apercibimiento,

multas de \$ 1.000 hasta \$ 30.000 –las que podrán agravarse en caso de reincidencia–, suspensión de la actividad de treinta días hasta un año, y clausura de las instalaciones. Si las infracciones fueran cometidas por una persona jurídica, establece la responsabilidad solidaria con los directores y gerentes (artículo 47).

De manera complementaria, la Ley N° 2544⁴⁷ establece que en todas las instituciones educativas de gestión pública y privada de la Ciudad los cestos de basura se colocarán de a pares, conformados por un cesto para residuos húmedos y otro para residuos secos. A su vez, la Ley N° 3147,⁴⁸ tuvo por finalidad fomentar el desarrollo de la producción de bolsas biodegradables, la reducción progresiva y posterior prohibición en la entrega de bolsas no biodegradables por parte de los comercios, y la sustitución de sobres y bolsas no biodegradables por aquellos que sí lo son; mientras que a través de la Ley N° 3709⁴⁹ se promovió la campaña educativa “*Toda la basura no es basura*”, y se estipuló la provisión de bolsas reciclables o reutilizables en los comercios.

Artículo 29

La Ciudad define un Plan Urbano Ambiental elaborado con participación transdisciplinaria de las entidades académicas, profesionales y comunitarias aprobado con la mayoría prevista en el artículo 81, que constituye la ley marco a la que se ajusta el resto de la normativa urbanística y las obras públicas.

Si bien el constituyente delegó –también en este tema– la sanción de la ley marco a la Legislatura, estableció los contenidos mínimos para constituir el Plan Urbano y Ambiental.⁵⁰

Es relevante mencionar que el vocablo “plan urbano” se utiliza para hacer referencia a una tarea estatal sumamente compleja, que exige la intervención de asociaciones científicas y profesionales, como también de la participación ciudadana.

47. Ley N° 2544, Publicada en el BOCBA del 14/12/2007.

48. Ley N° 3147, Publicada en el BOCBA del 07/10/2009.

49. Ley N° 3709, Publicada en el BOCBA del 11/02/2011.

50. López Alfonsín, Marcelo A., *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial Estudio, 1997, p. 86.

El objetivo es que la Ciudad cuente con una especie de ley marco a la que se ajustará el resto de la normativa urbanística y de obras públicas. Se trata, entonces, de un plan tendiente a precisar:

... normas objetivas de exigible cumplimiento, en un sistema único y combinado, destinado a satisfacer armónicamente las posibilidades estructurales, las necesidades individuales relacionadas a la vida del hombre en sociedad, al logro de un hábitat adecuado, con zonas y condiciones para la radicación industrial, del comercio, de residencias, esparcimiento, deporte, etc.; las necesidades públicas, salud, educación, servicios, edificios y espacios públicos; todo ello con el máximo respeto a los valores históricos y culturales, y con el menor costo ambiental posible.⁵¹

La trascendencia de este sistema se advierte en la simple lectura del artículo 29 de la Constitución local, en tanto exige participación transdisciplinaria en su elaboración y el procedimiento de doble lectura previsto en el artículo 89 de Ley Fundamental porteña para su sanción, lo que implica que luego de una aprobación inicial (primera lectura), se convoca a una audiencia pública para que los interesados formulen sus observaciones. Consideradas estas, se pasa a la aprobación definitiva del proyecto (segunda lectura). Ello da cuenta de la relevancia que ostentan las cuestiones a debatir, las que sin duda no pueden verse reducidas a un debate parlamentario.

En este mismo sentido, el Dr. Lozano sostuvo en su voto en autos caratulados “Mazzucco c/GCBA”⁵² que

El tema ambiental y el urbanístico atañen al núcleo central de los intereses locales. No hay duda que el constituyente puso especial atención en el diseño de las políticas que estableció en el capítulo cuarto de la CCBA. Así lo reflejan diversas intervenciones de los convencionales constituyentes: “(...) Los cuatro artículos siguientes [en referencia a los artículos que integraban el proyecto del actual título cuarto de la CCBA,

51. Pierini, Alicia; Lorences, Valentín y Comparatore, Luis, *Derecho Ambiental. Aportes para un mejor planificación, gestión y control en materia ambiental metropolitana*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2007, p. 157.

52. TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expte. N° 4343/05 “Mazzucco, Paula Virginia y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Mazzucco, Paula Virginia y otro c/GCBA s/otros procesos incidentales’ en ‘Mazzucco, Paula Virginia y otro c/GCBA s/amparo””, sentencia del 27/06/2006.

Texto 82°] enuncian las premisas que deben guiar al proceso de ordenamiento territorial y ambiental (...). El sexto artículo compromete a la Ciudad a elaborar un plan urbano ambiental, como punto de arranque del proceso de ordenamiento territorial y ambiental (...). Nuestro último proyecto de Ciudad data de 1962 (...) ante los cambios de gobierno no se [sostuvo] el proceso de planeamiento propuesto. Como resultado, los programas, proyectos, Códigos y Obras Públicas se desarrollaron desde entonces desarticuladamente, convirtiendo a la Ciudad en una suma de fragmentos de dificultosa integración (...). Finalmente, hoy contamos con instrumentos de planeamiento insuficientes, como el Código de Planeamiento Urbano, que si bien constituye una normativa importante, no resuelve adecuadamente el desarrollo de la Ciudad dado que no responde a una idea de Ciudad consensuada (...). A los fines de revertir este proceso, es nuestra obligación incluir en el texto de la Constitución el compromiso de elaborar un plan urbano ambiental, según tres criterios básicos: (...) b) Su carácter de ley marco de todas las normativas urbanísticas y obras públicas (a los efectos de asegurar la coherencia de todo el accionar que concurra a su implementación) (...)” (convencional Fernández Meijide); “(...) La acción de los poderes constituidos debe encontrar en las normas constitucionales que es nuestra responsabilidad sancionar el basamento y el marco de sus herramientas. Creemos que el dictamen al que venimos a dar fundamento en nombre de la UCR asegura ese marco” (convencional Vivo); “(...) Tenemos la oportunidad histórica única de incorporar en el Estatuto de la CBA todos los elementos que permitan una gestión ambiental futura con el máximo grado de optimización, lo cual puede considerarse como el primer paso para un cambio de mentalidad en la conciencia ambiental nacional” (convencional Arenas); “(...) Hemos unificado las áreas de Planteamiento Urbano y Medio Ambiente. Hasta ahora la política ambiental había sido un área marginal del Gobierno local. Las grandes decisiones que afectaban al ambiente se tomaban en otra parte: los Códigos de Edificación y Planeamiento, las excepciones, los shoppings, esas horribles autopistas, todo pasaba por afuera de la política ambiental. Por eso, la necesidad de considerar que el manejo del ambiente y la política urbana son una sola cosa y darle a lo ambiental competencias de la mayor amplitud posible (...). Podemos contrastarlo con algunas decisiones de planificación de los últimos tiempos. Cuando se adoptó en Buenos Aires la decisión inverosímil de construir autopistas urbanas, ningún organismo de planeamiento realizó un estudio que permitiera evaluar si convenía construir autopistas o

subterráneos” (convencional Brailovsky); “(...) Toda esta síntesis revela cómo la falta de una política de planeamiento coherente desnivela los diversos sectores geográficos de la ciudad, haciendo más ostensibles las diferencias respecto de las posibilidades de progreso y calidad de vida de sus habitantes (...). Creemos que esta no puede ser una simple actividad de ejecución de iniciativas, sino una tarea que abarque la identificación previa de objetivos y criterios de actuación integral, desarrollando luego un proceso continuo e interactivo sobre lo que se pretende intervenir con voluntad de optimización para el conjunto y no privilegiando intereses de un sector ...”.

No puede soslayarse que la planificación urbana se encuentra íntimamente relacionada con la calidad ambiental de la Ciudad, lo que no puede ser escindido de la calidad de vida de sus habitantes, y tamizado por el principio de sustentabilidad, es decir que el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras; como también por el de equidad intergeneracional, que exige a los responsables de la protección ambiental velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras (ambos consagrados en el artículo 4 de la Ley General del Ambiente).⁵³

Cabe recordar que la Ley N° 6⁵⁴ puntualiza que

... [la] Audiencia Pública constituye una instancia de participación en el proceso de toma de decisión administrativa o legislativa en el cual la autoridad responsable de la misma habilita un espacio institucional para que todos aquellos que puedan verse afectados o tengan un interés particular expresen su opinión respecto de ella. El objetivo de esta instancia es que la autoridad responsable de tomar la decisión acceda a las distintas opiniones sobre el tema en forma simultánea y en pie de igualdad a través del contacto directo con los interesados (artículo 1).

Asimismo, le otorga carácter consultivo y no vinculante a las opiniones vertidas durante su desarrollo; sin embargo, exige al responsable de la decisión que explique en los fundamentos del acto

53. Ley N° 25675, publicada en el BO del 28/11/2002.

54. Ley N° 6, publicada en el BOCBA del 03/04/1998.

en cuestión de qué manera ha tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía y, en su caso, las razones por las cuales las desestima (artículo 2).

Si la celebración de la audiencia pública es un imperativo legal, la normativa prevé la nulidad del acto si esta no se lleva a cabo por motivos imputables al órgano convocante (artículo 3).

En particular, dispone que las audiencias públicas temáticas⁵⁵ convocadas por la Legislatura deben establecer, en el decreto de convocatoria, como inexcusable la presencia de al menos tres diputados, de los cuales uno debe pertenecer a la o las Comisiones de Asesoramiento Permanente o Juntas a cargo de emitir el despacho referido al tema objeto de la Audiencia Pública (artículo 11).

Por su parte, la Ley N° 71⁵⁶ prescribe que el organismo encargado de la formulación y actualización del Plan Urbano Ambiental será el Consejo del Plan Urbano Ambiental (COPUA, artículo 1).

Son funciones del COPUA: a) elaborar el Plan Urbano Ambiental; b) programar y coordinar la marcha del proceso de elaboración del Plan; c) preparar los documentos de avance y finales de cada etapa; d) analizar las consecuencias urbanas y ambientales del conjunto de las acciones incluidas en el Plan; e) promover y coordinar las instancias de consulta y participación. Elaborar documentos de extensión reducida y redactados de modo comprensible destinados a su divulgación a bajo costo y accesible en lugares públicos sobre la base de los distintos instrumentos de la política urbano ambiental que se requieran en todo el proceso; f) evaluar las opiniones y los aportes recogidos en la o las Audiencias Públicas y en todas las instancias participativas que se realicen con relación al Plan; g) promover las instancias de coordinación y acuerdo con el Gobierno Nacional, los gobiernos provinciales y los gobiernos municipales tendientes a compatibilizar la gestión urbano ambiental en la región metropolitana; h) realizar las evaluaciones periódicas de los resultados alcanzados en las distintas etapas de aplicación del Plan Urbano Ambiental; i) preparar los contenidos de las actualizaciones periódicas, y j) proponer los criterios para elaborar los

55. El artículo 5° de la Ley N° 6 las individualiza como aquellas que se convocan “a efectos de conocer la opinión de la ciudadanía respecto de un asunto objeto de una decisión administrativa o legislativa”.

56. Ley N° 71, publicada en el BO del BOCBA del 04/11/1998.

instrumentos necesarios para implementar políticas urbano ambientales, en especial de los Códigos de Planeamiento Urbano, Ambiental y de Edificación (artículo 5).

Específicamente, la ley apunta que

El Plan Urbano Ambiental se fundamentará en el concepto de desarrollo sostenible, entendido como un proceso participativo, que integra la transformación urbanística, el crecimiento económico, la equidad social, la preservación de la diversidad cultural y el uso racional de los recursos ambientales, con el objetivo de mejorar las condiciones de vida de la población y minimizar la degradación o destrucción de su propia base ecológica de producción y habitabilidad, sin poner en riesgo la satisfacción de las necesidades de las futuras generaciones (artículo 11).

En cuanto a los objetivos del Plan, el artículo 12 menciona los siguientes: a) mejorar la calidad de vida de la población; b) promover un desarrollo más equilibrado y equitativo de la Ciudad; c) generar oportunidades de consenso y compromiso institucionalizando mecanismos de concertación de políticas urbanas con los distintos sectores de la sociedad; d) promover y hacer más eficientes, en términos sociales, ambientales, urbanísticos y económicos, las inversiones tanto del Estado como del sector privado; e) instrumentar una eficiente coordinación entre las áreas gubernamentales de la Ciudad y el resto de las jurisdicciones de la región metropolitana, tendiente a una gestión de carácter integral; f) tender a que todos los habitantes de la Ciudad tengan acceso a disponer de aire, agua y alimentos, química y bacteriológicamente seguros, a circular y habitar en áreas libres de residuos, de contaminación visual y sonora y ambientalmente sanas, al uso y goce de espacios verdes y abiertos, y g) preservar el patrimonio cultural, arquitectónico y ambiental.

Con el fin de alcanzar estos objetivos, en el artículo 14 se establecen los criterios orientadores, a saber: a) transformación de estructura urbana centralizada hacia una policéntrica (descentralización); b) reconversión de la relación entre la Ciudad y la costa (protección del recurso, uso público); c) desarrollo del Área Sur; d) promoción de estrategia de espacios públicos y áreas de calidad ambiental; e) establecimiento del sistema intermodal de transporte (disminución del uso del particular); f) generación de condiciones urbano-ambientales

para modernizar el tejido económico; g) mejora de hábitats de sectores con menos ingresos y/o desventajas ambientales; h) mejora de la calidad ambiental basada en la sostenibilidad global; i) creación de nuevos instrumentos de gestión urbano ambiental a nivel interjurisdiccional y local; j) desarrollo de una adecuada infraestructura de servicios; y k) eliminar las fracturas físicas y culturales de la Ciudad.

En 2008, a través de la Ley N° 2930⁵⁷ se aprobó el Plan Urbano Ambiental cuyo objetivo es:

... constituirse en el soporte del proceso de planeamiento y gestión de la Ciudad, como política de Estado, a partir de la materialización de consensos sociales sobre los rasgos más significativos de la ciudad deseada y la transformación de la ciudad real, tal que dé respuesta acabada al derecho a la ciudad para todos sus habitantes (artículo 3).

Artículo 30

Establece la obligatoriedad de la evaluación previa del impacto ambiental de todo emprendimiento público o privado susceptible de relevante efecto y su discusión en audiencia pública.

Preliminarmente, cabe precisar que el procedimiento de evaluación de impacto ambiental (EIA) constituye uno de los dispositivos jurídicos de gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana que pone de manifiesto la emergencia de la racionalidad precautoria que puede inscribirse en lo que Ewald denominó “paradigma de la seguridad”, en el cual se enrolan casos inmersos en un contexto de incerteza o controversia científica y se destaca la posibilidad eventual de daños graves o irreversibles.⁵⁸

En consonancia, la evaluación de impacto ambiental puede ser definida como un procedimiento jurídico-administrativo de recopilación de información, análisis y predicción orientado a prevenir los posibles efectos directos e indirectos que la ejecución de una determinada obra o proyecto produce sobre el medioambiente. Es por ello que

57. Ley N° 2930, publicada en el BOCBA del 08/01/2009.

58. Berros, María Valeria, “Evaluación de impacto ambiental, una mirada como dispositivo jurídico de gestión de riesgos”, *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, febrero 2010, N° 2, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica FCJyS, Universidad Nacional de La Plata, pp. 68-83.

suele remarcarse la importancia de esta herramienta para canalizar en la práctica el principio preventivo que constituye la “columna vertebral del derecho ambiental”, y uno de los principios rectores de la política ambiental consagrado en la Ley General del Ambiente,⁵⁹ lo cual haya su basamento constitucional en el artículo 41 de la Carta Magna.

Es importante señalar que el dispositivo constitucional, en su tercer párrafo dispone: “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”.

La reforma constitucional de 1994 trajo consigo un cambio radical en el federalismo argentino, toda vez que a partir de la incorporación del citado tercer párrafo del nuevo artículo 41 se produce una modificación trascendental en el esquema de reparto de competencias en materia ambiental entre la Nación y las provincias, lo que comprende la distribución de roles y de responsabilidades entre las autoridades de un régimen federal con distintos órdenes gubernamentales.

Se trata de una categoría especial de competencias concurrentes entre la Nación, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dicha distribución está encaminada a incluir en una legislación común los “principios rectores” de la materia, de manera uniforme en los denominados presupuestos mínimos de protección ambiental.

La definición ha sido proporcionada por el legislador nacional al señalar que

Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable.⁶⁰

59. Ley N° 25675, publicada en el BO del 28/11/2002.

60. Ley N° 25675, artículo 6.

A mayor abundamiento, es relevante mencionar que el Consejo Federal del Medio Ambiente⁶¹ (COFEMA), integrado por las autoridades ambientales provinciales y la autoridad nacional en la materia, se pronunció sobre el alcance y el contenido que deben tener las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental. Estos deben ser entendidos como:

... el umbral básico de protección ambiental que corresponde dictar a la Nación y que rige en forma uniforme en todo el territorio nacional como piso inderogable que garantiza a todo habitante una protección ambiental mínima más allá del sitio en que se encuentre. Incluye aquellos conceptos y principios rectores de protección ambiental y las normas técnicas que fijen valores que aseguren niveles mínimos de calidad. La regulación del aprovechamiento y uso de los recursos naturales, constituyen potestades reservadas por las Provincias y por ello no delegadas a la Nación. En consecuencia el objeto de las leyes de presupuestos mínimos debe ser el de protección mínima ambiental del recurso y no el de su gestión, potestad privativa de las provincias.⁶²

En el sistema jurídico argentino, la Ley General del Ambiente establece expresamente que la política ambiental deberá ajustarse a los principios que se mencionan en el artículo 4.⁶³ Dentro de estos se menciona

61. Su acta constitutiva fue incorporada como anexo a la Ley N° 25675.

62. COFEMA - Consejo Federal del Medio Ambiente, Resolución N° 92/2004, artículo 1.

63. Ley N° 25675, artículo 4: "La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:

Principio de congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, este prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medioambiente.

Principio de equidad intergeneracional: Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras.

Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma

explícitamente el “principio preventivo”. Sin duda alguna, el énfasis preventivo es un correlato del carácter finalista del Derecho Ambiental y de la naturaleza del bien en cuestión. El punto de partida es el principio de la “debida diligencia”, de fuente en el Derecho Internacional.

Su origen puede encontrarse en el caso de la “Fundición Trail”,⁶⁴ el que se traduce en la siguiente expresión: “ningún Estado puede usar o permitir el uso de su territorio, de forma tal de que se generen daños en la jurisdicción de otro Estado o en las personas o propiedades que allí se encuentren”.

La aplicación de esta regla opera en supuestos en los cuales el riesgo es cierto pero el acaecimiento del menoscabo es dudoso. Se caracteriza por tres elementos: 1) el compromiso del Estado de llevar a cabo medidas preventivas ante la certeza científica sobre la potencialidad dañosa de la actividad; 2) la imposición de prohibiciones o restricciones, en la jurisdicción del Estado, sobre dichas actividades, y 3) la obligación del sujeto que desarrolla la actividad de adoptar las prevenciones adecuadas para el acaecimiento del perjuicio.

temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan.

Principio de subsidiariedad: El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la Administración Pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales.

Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.

Principio de solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.

Principio de cooperación: Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional, El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta”.

64. Laudo arbitral del 11/03/1941, Trail Smelter Arbitration, *American Journal of International Law*, 1941, p. 716.

En la Unión Europea (UE) se relaciona con el principio de “corrección en la fuente”, que propugna sustituir las medidas correctivas que se acogen al final del proceso –*end of pipe*– por otras que se adopten en la fuente misma, en el origen, cuando no es posible prevenirlas o evitarlas. La corrección en la fuente o la prevención en origen implica la utilización de la tecnología más limpia, es decir, la que produzca menos residuos, sin esperar a que una vez producidas las emisiones se reparen los perjuicios ocasionados, con la limitante que representa exigir la mejor tecnología disponible, pero que justifica evitar un exceso en la intervención administrativa con exigencias que no se puedan cumplimentar.

Existen distintas manifestaciones del principio de prevención. Puede distinguirse entre la prevención clásica, en el supuesto de conocer previamente que el daño es susceptible de ocurrir, por lo que se evita su concurrencia, y la prevención reforzada –precaución–, tendiente a evitar la ocurrencia de perjuicios cuyas consecuencias se desconocen por la incertidumbre científica, o por las controversias que se suscitan en torno a los efectos reales que pueden producir.⁶⁵

En el decisorio “Oybin”⁶⁶ con acierto se resaltó la importancia de este principio al apuntar que

... dadas las especiales características del daño ambiental, tiene fundamental preeminencia la prevención del daño, y es el Estado el garante del derecho humano a un ambiente sano. En tales condiciones, el principal elemento con que cuenta el Estado es el instrumento técnico que utiliza para prevenir efectos ambientales no deseados en cualquier obra o actividad a realizarse: la Evaluación de Impacto Ambiental. Esta manifestación de la intervención administrativa del Estado tiene esencial gravitación al momento de evaluar efectos nocivos para el ambiente que provienen de una actividad autorizada o, incluso, que no habiendo sido debidamente certificada se ha desarrollado irregularmente.

En suma, el principio de prevención opera en los supuestos en que existe un riesgo, esto es ante un caso que *amenaza* con ocasionar un daño. En otros términos, tiene por objeto prever un perjuicio *probable*,

65. Pieur, Michel, “La noción del patrimonio común”, publicado en JA 1998-IV-1014.

66. Juzgado CAyT N° 12 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Oybin, Mario J. c/Ciudad de Buenos Aires”, 06/11/2006.

lo que significa que existe certeza de que va a ocurrir con un alto nivel de probabilidad, a partir de la existencia de un riesgo. Este principio exige como *conditio sine qua non* la presencia de un daño probable. Es en el campo de la causalidad indeterminada donde únicamente hay una determinación probabilística.⁶⁷ En este marco, la evaluación de impacto ambiental es una herramienta valiosa que permite al Estado conocer, prevenir e impedir los efectos negativos que sobre el ambiente puede ocasionar la ejecución de una obra o actividad. Su importancia reside en la posibilidad de actuar con carácter previo a la producción de los impactos, como también en tanto se traduce en una obligación para los sujetos que quieran llevar a cabo determinados proyectos de considerar la cuestión ambiental.

Por su parte, la Ley General del Ambiente exige el procedimiento de evaluación de impacto ambiental previo a toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población en forma significativa (artículo 11).

En relación al procedimiento al que debe sujetarse, el artículo 12 prevé que las personas físicas o jurídicas tienen que presentar una declaración jurada de donde debe surgir si las obras o actividades afectarán el ambiente, mientras que las autoridades competentes realizarán la evaluación de impacto ambiental, y emitirán una declaración con la aprobación o el rechazo de los estudios presentados.

El artículo 13 enuncia las características mínimas que deberá contemplar todo estudio de impacto ambiental; a saber: una descripción detallada del proyecto de la obra o actividad a realizar, la identificación de las consecuencias sobre el ambiente y las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos.

En forma complementaria, el artículo 21 de la misma legislación apunta que en estos procedimientos deberá asegurarse la participación ciudadana.

En el ámbito local, la obligatoriedad de este procedimiento se encuentra establecida en el artículo 30 de la Constitución porteña, pero

67. Sozzo, Gonzalo, "La prevención del daño (ensayo desde la mirada de las vías periféricas)", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2008-2, Santa Fe, pp. 420-421.

además, con anterioridad a la regulación federal de presupuestos mínimos, fue sancionada la Ley N° 123.⁶⁸

La normativa local, en primer término, enumera los fines de la evaluación de impacto ambiental: 1) establecer el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano, preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras; 2) preservar el patrimonio natural, cultural, urbanístico, arquitectónico y de calidad visual y sonora; 3) proteger la fauna y flora urbanas no perjudiciales; 4) racionalizar el uso de materiales y energía en el desarrollo del hábitat; 5) lograr un desarrollo sostenible y equitativo de la Ciudad; 6) mejorar y preservar la calidad del aire, suelo y agua, y 7) regular toda otra actividad que se considere necesaria para el logro de los objetivos ambientales consagrados por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículo 1).

A título seguido define a la evaluación de impacto ambiental como:

... [el] procedimiento técnico-administrativo destinado a identificar e interpretar, así como a prevenir o recomponer los efectos de corto, mediano y largo plazo que actividades, proyectos, programas o emprendimientos públicos o privados, pueden causar al ambiente, en función de los objetivos fijados en esta ley (artículo 2).

Por su parte, el impacto ambiental es identificado como cualquier cambio neto, positivo o negativo que se provoca sobre el ambiente como consecuencia, directa o indirecta, de acciones antrópicas que puedan producir alteraciones susceptibles de afectar la salud y la calidad de vida, la capacidad productiva de los recursos naturales y los procesos ecológicos esenciales (artículo 3).

Este régimen legal comprende todo tipo de proyectos, programas o emprendimientos susceptibles de producir un impacto ambiental de relevante efecto, que lleven a cabo o proyecten realizar personas físicas o jurídicas, sean públicas o privadas (artículo 4), como también los emprendimientos que pretenda desarrollar el Gobierno Federal en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires (artículo 5).

De conformidad con el artículo 8, las actividades, emprendimientos, proyectos y programas susceptibles de producir un impacto ambiental de relevante efecto, deberán cumplir con la totalidad del

68. Ley N° 123, publicada en el BOCBA del 01/02/1999.

procedimiento técnico administrativo de evaluación de impacto ambiental. Por su parte, las actividades, emprendimientos, proyectos y programas de impacto ambiental sin relevante efecto, deberán cumplir con las etapas a) y b) esto es, la presentación de la solicitud y la categorización del emprendimiento con o sin relevante efecto mediante una declaración jurada, y recibirán una constancia de inscripción automática de parte de la autoridad de aplicación.

El procedimiento de evaluación de impacto ambiental está integrado por las siguientes etapas:

1. La presentación de la solicitud de categorización. En forma previa a su ejecución y cuando correspondiere junto con su certificado de uso conforme, su habilitación o autorización, toda persona y/o responsable de una nueva actividad, proyecto, programa, emprendimiento o modificación de proyectos ya ejecutados, debe presentar ante la autoridad de aplicación una declaración jurada de su categorización (artículo 10).
2. La categorización de las actividades, proyectos, programas y/o emprendimientos con relevante efecto y sin relevante efecto, según correspondiere. La autoridad de aplicación, dentro de los diez días hábiles de recibida la documentación procede a la categorización de actividades, proyectos, programas o emprendimientos en función de los potenciales impactos ambientales a producirse (artículo 11). Dicha categorización, según el artículo 12, debe tener en cuenta los siguientes factores: a) clasificación del rubro; b) localización; c) riesgo potencial sobre los recursos aire, agua, suelo y subsuelo, d) dimensión; e) la infraestructura de servicios públicos de la Ciudad a utilizar, y f) potenciales alteraciones urbanas y ambientales. Sin perjuicio de ello, el artículo 13 enumera una serie de actividades que se presumen como de impacto ambiental de relevante efecto, tales como: a) autopistas, autovías y líneas de ferrocarril y subterráneas y sus estaciones; b) puertos comerciales y deportivos y los sistemas de recepción, manejo y/o control de los desechos de los barcos; c) aeropuertos y helipuertos; d) supermercados totales, supertiendas, centros de compras; e) mercados concentradores en funcionamiento; f) obras proyectadas sobre parcelas de más de 2.500 metros cuadrados que requieran el

dictado de normas urbanísticas particulares; g) centrales de producción de energía eléctrica y redes de transporte de las mismas; h) depósitos y expendedores de petróleo y sus derivados en gran escala y las estaciones de servicio de despacho o expendio de combustibles líquidos y/o gaseosos inflamables y fraccionadoras de gas envasado; i) plantas siderúrgicas, elaboradoras y/o fraccionadoras de productos químicos, depósitos y molinos de cereales, parques industriales, incluidos los proyectos de su correspondiente infraestructura, y fabricación de cemento, cal, yeso y hormigón; j) ocupación o modificación de la costa y de las formaciones insulares que acrecieren, natural o artificialmente, en la porción del Río de la Plata de jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del Riachuelo; k) obras relevantes de infraestructura que desarrollen entes públicos o privados que presten servicios públicos; l) plantas de tratamiento de aguas servidas. Las plantas destinadas al tratamiento, manipuleo, transporte y disposición final de residuos domiciliarios, patogénicos, patológicos, quimioterápicos, peligrosos y de los radiactivos provenientes de actividad medicinal, cualquiera sea el sistema empleado; ll) actividades o usos a desarrollar en áreas ambientalmente críticas; m) obras que demanden la deforestación relevante de terrenos públicos o privados y la disminución del terreno absorbente, según surja de la reglamentación de la presente; n) ferias, centros deportivos, salas de juegos y lugares de diversión, y ñ) grandes emprendimientos que por su magnitud impliquen superar la capacidad de la infraestructura vial o de servicios existentes.

3. La presentación del manifiesto de impacto ambiental acompañado de un estudio técnico de impacto ambiental, firmado por un profesional inscripto en el rubro referido a los consultores y profesionales en Auditorías y Estudios Ambientales, quien es responsable por la veracidad de lo expresado en dicho estudio (artículo 15). El manifiesto de impacto ambiental es el documento que debe contener la síntesis descriptiva de las acciones que se pretenden realizar o de las modificaciones que se le introducirán a un proyecto ya habilitado (artículo 16). Asimismo, conforme lo establece el artículo 17, el estudio de impacto am-

- biental deberá contener, como mínimo, los siguientes datos:
- a) descripción general del proyecto y exigencias previsibles en el tiempo, con respecto al uso del suelo y otros recursos (combustibles, aguas, etc.). La relación del proyecto con el cuadro de usos del Código de Planeamiento Urbano y el análisis de la normativa específica relacionada con la materia del proyecto;
 - b) estimación de los tipos y cantidades de residuos que se generarán durante su funcionamiento y las formas previstas de tratamiento y/o disposición final de los mismos;
 - c) estimación de los riesgos de inflamabilidad y de emisión de materia y/o energía resultantes del funcionamiento, y formas previstas de tratamiento y control;
 - d) descripción de los efectos previsibles sobre la población humana, la fauna urbana y no urbana, la flora, el suelo, el aire y el agua, incluido el patrimonio cultural, artístico e histórico;
 - e) identificación de las medidas previstas para reducir, eliminar o mitigar los posibles efectos ambientales negativos;
 - f) detalle de los impactos ocasionados durante las etapas previas a la actividad o construcción del proyecto. Medidas para mitigar dichos impactos;
 - g) informe sobre la incidencia que el proyecto acarreará a los servicios públicos y la infraestructura de servicios de la Ciudad;
 - h) descripción ambiental de área afectada y del entorno ambiental pertinente;
 - i) identificación de puntos críticos de control y programa de vigilancia y monitoreo de las variables ambientales durante su emplazamiento y funcionamiento;
 - j) programas de recomposición y restauración ambientales previstos;
 - k) planes a cumplir ante las emergencias ocasionadas por el proyecto o la actividad;
 - l) programas de capacitación ambiental para el personal, y ll) provisiones a cumplir para el caso de paralización, cese o desmantelamiento de la actividad.
4. El dictamen técnico. Analizado el estudio técnico de impacto ambiental, la autoridad de aplicación elaborará el dictamen dentro de los cuarenta y cinco días de presentado el manifiesto de impacto ambiental (artículo 19). A su vez, podrá solicitar modificaciones o propuestas alternativas al proyecto cuando lo estime necesario (artículo 20).

5. La audiencia pública de los interesados y potenciales afectados. Al respecto, el artículo 22 exige al Poder Ejecutivo la convocatoria, dentro de los diez días hábiles luego de elaborado el dictamen técnico, a una audiencia pública temática.
La Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad en el fallo “III República de la Boca”⁶⁹ confirmó la decisión de primera instancia que hizo lugar a la acción intentada y ordenó al GCBA que en forma previa a la realización de las obras referidas, se llevaran a cabo la EIA y la audiencia pública, aun cuando el emprendimiento –la construcción de viviendas colectivas para uso residencial– era considerado por la legislación sin relevante efecto.
6. La Declaración de Impacto Ambiental (DIA). Concluida la audiencia pública, la autoridad de aplicación dispone de un plazo de quince días hábiles –el que puede extenderse a treinta más cuando la complejidad de la cuestión así lo exija– para producir la declaración de impacto ambiental, a través de la cual podrá otorgar la autorización para la ejecución de la actividad, proyecto, programa o emprendimiento de que se trate, en los términos solicitados, negarla, o bien concederla de manera condicionada a su modificación a fin de evitar o atenuar los impactos ambientales negativos. En tal caso, se señalarán los requerimientos que deberán cumplirse para la ejecución y operación de la actividad, proyecto, programa o emprendimiento (artículos 23, 24 y 25).
7. El certificado de aptitud ambiental, definido como “el documento que acredita el cumplimiento de la normativa de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA)”. Este será extendido, en el término de cinco días, cuando la autoridad de aplicación se pronuncie por la aprobación de la actividad o proyecto. Los certificados de aptitud ambiental deben contener: a) nombre del titular; b) ubicación del establecimiento; c) rubro de la actividad; d) categoría del establecimiento, y e) plazo o duración temporal de la actividad, proyecto, programa o emprendimiento (artículos 26 y 27).

69. CCAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, “III República de la Boca c/GCBA s/amparo”, sentencia del 29/12/2005.

En cuanto a la interpretación jurisprudencial de esta herramienta técnica, cabe destacar el ya citado fallo “Oybin” en tanto pone de manifiesto un problema vinculado a la planificación urbanística y la evaluación de impacto ambiental, haciendo hincapié en el impacto acumulado que no se encuentra contemplado por la ley local.

En esta oportunidad, la jueza de grado enfatizó:

En principio el deber que se cierne sobre el Estado como garante del ambiente, implica que todo emprendimiento que pudiera ser susceptible de generar alteraciones o perjuicios degradantes al entorno en el futuro, debe encontrar límites jurídicos razonables, y la herramienta predictiva llamada a determinarlos es el EIA. En el caso de autos, si bien en principio cada una de las obras por sí no superaría la superficie puesta como parámetro, lo cierto es que ellas en conjunto sí lo superarían ampliamente, por lo que se debería contar con una declaración aprobatoria o certificación ambiental expedida por el órgano de aplicación, en orden al imperativo constitucional que implica aquel rol protectorio antes mencionado. Dicha autorización está impuesta no sólo por la Constitución Local (artículo 30) sino también por la Ley N° 25675 General del Ambiente (arts. 11/13, 19/21) e implicaría proyectar en el tiempo cuáles han de ser las consecuencias ambientales que la actividad a autorizar pueda generar. La carencia de tal instrumento hace imposible predecir los efectos que la ejecución de los proyectos tendrá sobre los componentes del medio. Se desconoce por completo –y para ello deberán instrumentarse las pruebas pertinentes– qué consecuencias disvaliosas sobre el ambiente puede generar el crecimiento demográfico que se produciría si por cada lote en donde existía una vivienda unifamiliar se construye un edificio para más de diez o quince familias. Particularmente considerando que del relevamiento efectuado se desprende que ya existen en la zona problemas de presión de agua y saturación y colapso de cloacas.

Y agregó:

No obstante lo precedentemente expuesto, no escapa a este Tribunal que de acceder sin más a lo peticionado por la parte actora se afectarían derechos de terceras personas ajenas a la litis y que ya contarían con permisos de obras cuya legitimidad no fue cuestionada específicamente. En este marco, no habré de expedirme sobre las autorizaciones ya concedidas en tanto se presume que lo han sido legítimamente. Por lo tanto, considero que la protección cautelar adecuada debe pon-

derar ambos intereses. Por ende, he de disponer sólo que el GCBA se abstenga de otorgar nuevos permisos de demolición o de obra en el predio delimitado por las calles Paysandú, Arengreen, Martín de Gainza y Gaona hasta tanto se dicte sentencia de fondo.

En idéntico sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos caratulados “Salas Dino y otros c/Salta, Provincia de y Estado Nacional s/amparo”,⁷⁰ donde sostuvo la necesidad de la realización de una evaluación de impacto ambiental previa a cualquier actividad que pudiera modificar el ambiente, pero no solamente de cada una de las actividades por separado sino en conjunto.

Para así decidir puntualizó:

En el presente caso se ha demostrado claramente que se otorgaron autorizaciones para la tala y desmonte tomando en consideración el impacto ambiental de cada una de ellas, pero no se ha efectuado ningún estudio relativo al efecto acumulativo de todas las autorizaciones.

Por lo que concluyó:

... la aplicación del principio precautorio en este caso, obliga a suspender las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos mencionados hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos. El estudio referido deberá ser realizado por la Provincia de Salta, en forma conjunta con la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, la que deberá resguardar el respeto de los presupuestos mínimos en la materia. Asimismo, se deberá dar amplia participación a las comunidades que habitan en la zona afectada. Dicho estudio deberá concentrarse en el análisis del impacto ambiental acumulativo de la tala y desmonte señalados, sobre el clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes. Deberá proponer asimismo una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados. En tal sentido, deberá identificar márgenes de probabilidades para las tendencias que señale, valorar los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras.

70. CSJN, Fallos: 332:663, “Salas, Dino y otros c/Provincia de Salta y Estado Nacional”, (2009).

Estos pronunciamientos judiciales dan cuenta de la necesidad imperiosa de que las leyes que reglamenten esta herramienta tengan en consideración las diversas clasificaciones de impactos ambientales; concretamente, el impacto ambiental acumulativo (sumatoria de impactos) y el impacto ambiental sinérgico (efecto combinado de impactos, que suponen una incidencia mayor que la suma de los impactos individuales).

Esta circunstancia pone en evidencia la relevancia de evaluar todos los factores sociales, ambientales y económicos, lo que inevitablemente deberá reflejarse en instrumentos superadores del proceso de evaluación de impacto ambiental a fin de utilizar herramientas más completas, como la evaluación de impacto social y ambiental (ESI), que estudia los impactos sociales y ambientales como una unidad inseparable; la evaluación del impacto social (EIS), que pone el énfasis en las dimensiones sociales; la evaluación de riesgo (*risk assessment*), que incorpora el estudio acabado de los posibles riesgos que por ejemplo traería la introducción en el ambiente o en la salud de la población elementos que fueron biogenéticamente manipulados; la evaluación del impacto acumulativo (EIAc), a la que ya hicimos referencia, que representa un desplazamiento hacia arriba en la jerarquía de toma de decisiones, aunque en el nivel de programa/plan, y no de políticas; la evaluación de sostenibilidad ambiental; y la evaluación ambiental estratégica (EAEs), son procedimientos formales y sistemáticos que ayudan a identificar los impactos ambientales que pueden surgir de acciones más amplias tales como nuevas políticas, planes de desarrollo regional o nacional e iniciativas de programas importantes. A nivel federal se encuentra contemplada en el artículo 7 de la Ley N° 26639⁷¹

71. Ley N° 26639, publicada en el BO del 28/10/2010. Artículo 7: “Evaluación de impacto ambiental. Todas las actividades proyectadas en los glaciares y en el ambiente periglacial, que no se encuentran prohibidas, estarán sujetas a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica, según corresponda conforme a su escala de intervención, en el que deberá garantizarse una instancia de participación ciudadana de acuerdo a lo establecido en los artículos 19, 20 y 21 de la Ley N° 25675 –Ley General del Ambiente–, en forma previa a su autorización y ejecución, conforme a la normativa vigente. Se exceptúan de dicho requisito las siguientes actividades: a) De rescate, derivado de emergencias; b) Científicas, realizadas a pie o sobre esquíes, con eventual toma de muestras, que no dejen desechos en los glaciares y el ambiente periglacial; c) Deportivas, incluyendo andinismo, escalada y deportes no motorizados que no perturben el ambiente”.

de Presupuestos Mínimos de Protección de Glaciares y del Ambiente Periglacial. A su vez, el alcance de este instrumento fue definido por el Decreto N° 207/2011⁷² como un proceso sistemático de estudio de impactos ambientales de las políticas, planes y programas y de sus alternativas, incluyendo la preparación de un informe escrito y las conclusiones de su evaluación y su uso en los procesos de decisiones públicas.⁷³

En suma, la sola consagración normativa de este procedimiento debería significar un avance que, de modo progresivo, fuera mostrando las mejoras en las condiciones del medioambiente. Por ello, coincidimos con Daniele en que la sanción de la Ley N° 123, que lo regula en la Ciudad de Buenos Aires, significó un enorme avance al proporcionar nuevos instrumentos a las autoridades para el cuidado de la salud y el medioambiente.⁷⁴

72. Decreto N° 207/2011, publicado en el BO del 01/03/2011.

73. Rodríguez, Carlos Aníbal, "Declaración de Río + 20", LL Sup. Act. 12/07/2012, p. 1.

74. Daniele, Nélica Mabel, *Procedimiento de evaluación de impacto ambiental en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2015, p. 18.

Capítulo Quinto

Hábitat

Artículo 31

La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello:

- 1. 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.**
- 2. 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.**
- 3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.**

EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA

Por Leandro Abel Martínez

A nivel federal, el derecho a una vivienda digna se encuentra establecido en la Constitución Nacional, tanto en su artículo 14 bis como en algunos de los tratados de derechos humanos que la complementan y que gozan de jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia, por imperio del artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna.

En el orden local, el reconocimiento del derecho a una vivienda digna se inserta en la tradición de las normas federales, con la particularidad de que los tres incisos que componen el artículo 31 de la Constitución porteña establecen el marco de políticas públicas que deberá desarrollar el legislador para satisfacer ese derecho, respetando el orden de prioridades y el plan de gobierno allí establecidos.

Ahora bien, reseñando el orden convencional, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estipula “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (artículo 11, inciso 1).

En la misma línea, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre tutela el derecho de toda persona “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad” (artículo XI).

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho de todos los individuos “a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (artículo 25).

Así las cosas, puede advertirse que el derecho a una vivienda digna es parte del catálogo de derechos económicos, sociales y culturales reconocidos por nuestro plexo normativo federal y local.

Este conjunto de derechos presentan la particularidad de que su concretización requiere que el Estado cumpla tanto con las denominadas obligaciones *negativas*, como así también con las *positivas*.

Dicho de otro modo, la estructura de estos derechos hace necesario que el Estado, además de respetarlos mediante la abstención de conductas lesivas, los promueva mediante la prestación de acciones concretas a fin de realizarlos.

El panorama reseñado nos lleva a formular dos interrogantes desde distintos planos. El primero tiene que ver con el límite de exigibilidad del derecho a la vivienda digna como derecho subjetivo. El segundo se vincula con el alcance de la obligación estatal para satisfacer este tipo de derechos.

El asunto consiste en determinar hasta qué punto un individuo puede reclamar al Estado la satisfacción de ese derecho y hasta dónde las autoridades estatales se encuentran obligadas a diseñar políticas públicas en la materia.

Para aproximarnos al núcleo del problema, resulta necesario reparar las normas aplicables, las cuales en muchos de los casos operan como principios de interpretación.

Al respecto, la reforma constitucional de 1994 incorporó las llamadas *acciones positivas* con el objeto de plasmar el concepto de igualdad sustancial, el cual va más allá de la clásica igualdad formal, a fin de dar cumplimiento al mandato de no discriminación.

De allí que el Poder Legislativo deba promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales (artículo 75, inciso 23, CN).

Por otra parte, en el orden internacional encontramos diversas disposiciones normativas, que ingresan a nuestro sistema de fuentes en virtud del artículo 75 inciso 22 de la norma fundamental, y que enumeramos a continuación:

La Declaración Universal de Derechos Humanos señala que

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales

y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (artículo 22).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos determina que

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados (artículo 26).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que

Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizadas por disposiciones legislativas o de otro carácter (artículo 2.2).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresa:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (artículo 2.1).

En síntesis, este conjunto de normas internacionales procuran efectivizar el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales reconocidos por los Estados, imponiéndoles distintos tipos de obligaciones que pretenden generar el punto de partida para el diseño de políticas públicas que atiendan paulatinamente las disímiles problemáticas vernáculas, teniendo en cuenta las posibilidades presupuestarias.

Por otro lado, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispone que

La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad (artículo 11).

El artículo 17 señala que “La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos”. Además, el mencionado precepto estipula que la Ciudad “asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos a aquellos que tienen menores posibilidades”.

Por su parte, el artículo 20 garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculado con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente.

A su vez, la denominada cláusula de operatividad contenida en el artículo 10 de la Constitución local dispone que “Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos”, lo que implica que los derechos y garantías enumerados resultan indiscutiblemente operativos.

Por último, corresponde indicar que para la realización de estos objetivos, el gobierno depende naturalmente de los recursos públicos. Por ello, el artículo 48 de la Constitución de la Ciudad establece que “es política de Estado que la actividad económica sirva al desarrollo de la persona y se sustente en la justicia social”. Del mismo modo, el artículo 49 dispone que “El gobierno diseña sus políticas de forma tal que la concentración de actividades (...) concurren a la mejor calidad de vida del conjunto de la Nación”.

En mi opinión, el conjunto de normas reseñadas no permite delimitar con exactitud el alcance y la dimensión del derecho a una vivienda digna. A pesar de ello, podemos afirmar que, en virtud del plexo de normas federales y locales, el Estado de la Ciudad de Buenos Aires se encuentra obligado, por lo menos, a generar políticas públicas que atiendan al derecho en cuestión.

Ello significa que las autoridades públicas locales deben destinar parte de los recursos disponibles del tesoro a mejorar de manera gradual la problemática social vinculada a las condiciones habitacionales de las personas que viven en la Ciudad de Buenos Aires.

También es cierto que, si bien está declamada normativamente la operatividad de esta categoría de derechos, no sabemos a ciencia cierta el grado de efectividad de dicha operatividad.

Cabe agregar, entonces, que naturalmente las cartas de derechos fundamentales no van a definir cuánto dinero van a invertir los Estados, año a año, en cada uno de los rubros presupuestarios destinados a la cuestión social.

Asimismo, tampoco van a fijar una preferencia en el gasto público, privilegiando algunos derechos en detrimento de otros.

Ello obedece a razones elementales de diseño constitucional.

Por un lado, nuestro ordenamiento no articula un *ranking* de derechos fundamentales, en el cual unos prevalezcan sobre otros y ello determine preferencias en la asignación de recursos.

Por otro lado, y frente a este panorama, será competencia de los poderes constituidos –en primer grado del Poder Legislativo y en segundo, del Ejecutivo– fijar el orden de prioridades del gasto público, sobre la base de criterios de oportunidad, mérito y conveniencia, por la sencilla razón de que fueron elegidos democráticamente por la sociedad.

Estas afirmaciones no menoscaban el rol que le compete al poder judicial en la efectiva tutela de los derechos fundamentales o en el control de la razonabilidad de las políticas que, por acción u omisión, lesionen los postulados constitucionales.

En esta línea de pensamiento, resulta útil rememorar algunas de las intervenciones que se suscitaron en el seno de la Convención Constituyente porteña, toda vez que dan cuenta, en cierto modo, de las preocupaciones que orientaron el accionar de los redactores de nuestro Estatuto Organizativo.

Del debate en la Asamblea se advierte que el punto de partida de la discusión para la confección de la norma se centró en el reconocimiento del grave déficit habitacional existente en la Ciudad de Buenos Aires.

Dicha preocupación comprendía la situación de las casas tomadas, los falsos hoteles, las villas miseria y los complejos habitacionales, entre otras cuestiones de índole social.

En este orden de ideas podemos reseñar las siguientes intervenciones:
El convencional Eduardo Jozami expresó que

... la comisión recomienda la aprobación de este texto porque considera que es necesario que la Constitución de la Ciudad reconozca que tenemos un grave déficit habitacional y que es prioritario de las políticas de gobierno tender a superarlo.

Luego señaló conveniente que

... se establezcan en la Constitución principios generales que fijen una orientación política, ya que por supuesto no corresponde incorporar al texto constitucional reglamentaciones ni criterios de aplicación.¹

La convencional María Elena López sostuvo que

... la idea de aludir a la integración urbanística tiene que ver con la integración de todos estos asentamientos al resto de la ciudad; urbanizar es abrir calles, es instalar luz, proveer de agua y abrir plazas donde se pueda.²

El convencional Gustavo Vivo manifestó que

... en nombre del bloque de la Unión Cívica Radical quiero afirmar que cuando hablamos de vivienda digna nos referimos a un concepto integral que comprende no sólo el albergue de la persona, de su familia y del núcleo conviviente sino también los servicios sociales y de infraestructura que hacen a educación y salud –todo esto vinculado con el medio– y que deben existir en la zona circundante.³

A mi modo de ver, los convencionales constituyentes llegaron a un punto de consenso importante en torno a plasmar en el texto fundamental algunos lineamientos generales y orden de prioridades, que orientaran la acción de los gobiernos venideros para solucionar los problemas y asimetrías estructurales que padece la Ciudad de Buenos Aires.

Este marco normativo de políticas públicas que prioriza a sectores vulnerables, condiciona toda la legislación de desarrollo constitucional y posibilita que los jueces verifiquen la adecuación y el respeto de la voluntad del constituyente.

1. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2016, p. 499.

2. *Ibíd.*, p. 501.

3. *Ibíd.*, p. 504.

Llegado a este punto, corresponde traer y analizar distintas interpretaciones dadas por órganos supranacionales y máximos tribunales federales y locales.

Sin ánimo de ingresar en la discusión relativa al valor vinculante de la jurisprudencia y opiniones emanadas de los órganos que componen el sistema de protección interamericano –problema este que divide aguas, dependiendo de la posición que asumamos frente a la fórmula “en las condiciones de su vigencia” del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional–, lo cierto es que la hipótesis de mínima comúnmente aceptada es que dichos pronunciamientos sirven de guía de interpretación de las normas convencionales.

Por esta razón, cabe destacar que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, expresó que

... el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: “el concepto de ‘vivienda adecuada’ (...) significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.⁴

4. OG N° 4, “El derecho a una vivienda adecuada”, sexto período de sesiones 1991, documento E/1991/23.

Nótese que el estándar ideado por el Comité supera nociones básicas y elementales de habitabilidad, habida cuenta de que lo considera un derecho interrelacionado con otros derechos fundamentales.

En lo que respecta a la jurisprudencia elaborada por los máximos tribunales judiciales del país, corresponde destacar los precedentes “Alba Quintana”⁵ del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires y “Quisberth Castro”⁶ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia recaída en el caso “Alba Quintana” revocó el fallo de la Cámara de Apelaciones que había dispuesto ordenar al Gobierno de la Ciudad el otorgamiento de un subsidio que le permitiera al demandante abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto hubiera cesado su estado de necesidad.

El voto mayoritario fue fundamentado por los jueces Conde y Lozano, aunque el juez Casás coincidió con sus colegas en un voto separado. En cambio, la jueza Ruiz votó en disidencia.

A la luz de las normas locales y federales, el Tribunal expresó que

... la Ciudad de Buenos Aires no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de esa necesidad. Su obligación se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles... No existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional (considerando 5.2).

En esta línea, el Tribunal luego afirmó que no cabe medir la mejora según lo que le toque a cada individuo, sino que la concepción debe ser global para toda la población, ya que los recursos disponibles lo son para el conjunto (considerando 5.5).

5. TSJ, “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (artículo 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. N° 6754/09, sentencia del 12 de mayo de 2010.

6. CSJN, “Q.C. S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, Fallo: 335:452, sentencia del 24 de abril de 2012.

Fundamentalmente, en la sentencia se fijó como pauta que

... el bloque normativo que regula el derecho a la vivienda no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda, los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el artículo 31 de la CCBA... Finalmente, quienes no estén en esa hipótesis pero pertenezcan al universo de individuos que toca al GCBA asistir quedan alcanzados por la obligación de brindar “abrigo” como expresión mínima del derecho a la vivienda contemplado en el bloque normativo aplicable (considerando 15).

Esta doctrina judicial fue complementada por la Corte Suprema en el caso “Quisberth Castro”. El voto mayoritario fue suscripto por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni. Los jueces Petracchi y Argibay firmaron la sentencia según su voto.

Los hechos del caso son realmente extremos. La demandante Quisberth Castro se encontraba en situación de calle, su hijo padecía una enfermedad que le provocaba un incapacidad motriz, visual, auditiva y social, producto de lo cual requería atención constante para deambular, para alimentarse, para vestirse y para comunicarse con los demás. Además no contaba con ninguna ayuda ya que estaba separada y desvinculada del padre de su hijo.

Como se puede advertir, las circunstancias fácticas del caso excedían el derecho a una vivienda digna, toda vez que entraba en juego el abanico de derechos vinculados a los menores y a las personas con discapacidad.

En esta oportunidad, la Corte enfatizó que los derechos y deberes involucrados no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad (considerando 10).

Según el máximo tribunal, dicha operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo para su implementación. Ello en el entendimiento de que

... 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... 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).

En lo que se refiere al control judicial, la Corte entendió que la operatividad derivada está sujeta al control de razonabilidad y ella implica 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” (considerando 12).

Puntualmente, entiendo que el punto neurálgico de la decisión judicial se encuentra en la siguiente definición:

... si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es 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).

En la misma óptica y sin rodeos, la jueza Argibay dijo que “la Ciudad debió haber tratado a la actora y a su hijo de un modo distinto al establecido en el régimen general, en atención a las graves patologías que este último padece” (considerando 10).

Tomando en cuenta estos considerandos, entiendo que la Corte no formuló un juicio de valor acerca de la idoneidad en abstracto de las políticas públicas existentes en la Ciudad de Buenos Aires, aunque sí consideró que estas eran inadecuadas o inidóneas para dar respuesta al caso concreto y de extrema gravedad de las personas que requirieron el auxilio judicial.

Pues bien, estos precedentes contribuyen a definir el perfil del derecho a una vivienda digna y el rol que le compete a los poderes públicos estatales en relación a la satisfacción de ese derecho.

Sin lugar a dudas, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires se hace cargo de un viejo –y actual– problema estructural y establece un punto de partida, mediante lineamientos generales de políticas públicas y prioridades, para que los gobernantes definan las medidas y los recursos pertinentes para atender la cuestión.

Aquí, insisto sobre la idea elemental de que el derecho a la vivienda digna es parte de un amplio menú de derechos que el poder constituyente estableció como obligaciones de medios, encomendando a los

poderes constituidos para que realicen los mayores esfuerzos en pos de su realización.

Serán entonces los depositarios circunstanciales del mandato popular los que definan las mejores políticas para quienes habitamos esta Ciudad, reconociendo como límite de la discrecionalidad el núcleo de los derechos fundamentales.

En esa tarea de mejoramiento social, le corresponderá al Poder Judicial verificar que se respeten las prioridades del mandato constitucional y que las políticas diseñadas sean razonables en términos generales, y adecuadas o idóneas para atender circunstancias particulares de gravedad o suma vulnerabilidad.

En definitiva, el andamiaje constitucional impone la construcción de una sociedad más igualitaria mediante la implementación de políticas fraternas donde nadie quede librado a la intemperie.

Capítulo Sexto

Cultura

Artículo 32

La Ciudad distingue y promueve todas las actividades creadoras.

Garantiza la democracia cultural; asegura la libre expresión artística y prohíbe toda censura; facilita el acceso a los bienes culturales; fomenta el desarrollo de las industrias culturales del país; propicia el intercambio; ejerce la defensa activa del idioma nacional; crea y preserva espacios; propicia la superación de las barreras comunicacionales; impulsa la formación artística y artesanal; promueve la capacitación profesional de los agentes culturales; procura la calidad y jerarquía de las producciones artísticas e incentiva la actividad de los artistas nacionales; protege y difunde las manifestaciones de la cultura popular; contempla la participación de los creadores y trabajadores y sus entidades, en el diseño y la evaluación de las políticas; protege y difunde su identidad pluralista y multiétnica y sus tradiciones.

Esta Constitución garantiza la preservación, recuperación y difusión del patrimonio cultural, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad, la memoria y la historia de la Ciudad y sus barrios.

DIMENSIONES DE LOS DERECHOS CULTURALES DE LA CONSTITUCIÓN PORTEÑA

Por María Lorena González Tocci

Los derechos culturales pueden ser identificados como aquellos derechos relacionados con el arte y la cultura, entendidos en una amplia dimensión, que involucran diferentes cuestiones que se engloban dentro de la noción de cultura tales como la lengua; la producción cultural y artística; la participación en la cultura; el patrimonio cultural; los derechos de autor; las minorías y el acceso a la cultura.

A partir del siglo XX, y como consecuencia directa del reconocimiento expreso del derecho a la cultura en diferentes instrumentos internacionales,¹ estos derechos comenzaron a formar parte de los textos constitucionales, con el objeto de garantizar que tanto las personas como las comunidades tuvieran acceso a la cultura y pudieran participar en aquella que sea de su elección. Se los identifica a su vez dentro de la órbita de los derechos humanos, en tanto deben tener como fin último asegurar el disfrute de la cultura y de sus componentes en condiciones de igualdad, dignidad humana y no discriminación.

Comienza así a perfilarse la idea de una “Constitución cultural”, como resultado del reconocimiento expreso del derecho a la cultura en los textos constitucionales. Se brinda así una expresa protección a los derechos culturales y al patrimonio cultural, a partir de las reglas, principios y garantías constitucionales específicas de la cultura; que ofrecen un marco

1. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo XIII reconoce a nivel continental, en forma expresa, el derecho del individuo a la cultura bajo el título de “Derecho a los beneficios de la cultura”, entendido como el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. A su turno, la Carta Constitutiva de la Organización de los Estados Americanos (OEA), establece en su artículo 48 que los Estados Miembros “asegurarán el goce de los bienes de la cultura a la totalidad de la población y promoverán el empleo de todos los medios de difusión para el cumplimiento de estos propósitos” (véase Harvey, Edwin R., *Legislación cultural de los países americanos*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 20). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recoge estos conceptos y regula en forma exhaustiva el contenido de los derechos culturales.

jurídico para la fijación de valores y de garantías para el desarrollo cultural así como un instrumental específico para la construcción de los modelos culturales que quieran darse las sociedades democráticas.²

La Constitución Nacional, reformada en 1994, refleja ese fenómeno a partir de la incorporación expresa del derecho a la cultura reconocido en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumento internacional que goza de jerarquía constitucional en los términos definidos por el artículo 75 inciso 22 CN, así como el inciso 19, en el cual se protege la pluralidad y la identidad cultural y se destaca en esta materia el carácter participativo que el constituyente ha querido otorgar al sistema institucional.

En este escenario y siguiendo la senda ya marcada por la Constitución reformada de 1994, el constituyente porteño incluyó en el artículo 32 la defensa del patrimonio cultural como uno de los objetivos primordiales del Gobierno local, fijando a tales efectos los principios que deben inspirar la política cultural, e indicando pautas que deben seguir las políticas públicas culturales llevadas a cabo por aquel.

A tales fines, el constituyente porteño alude a la noción de “democracia cultural”, vinculándola, como surge de los debates de la Convención Estatuyente, con la defensa de la coexistencia de múltiples culturas en una misma sociedad, y propicia su desarrollo autónomo y las relaciones igualitarias de participación de cada individuo en cada cultura y de cada cultura respecto de las demás.

Ciertamente, y como se desprende de los debates de la Estatuyente, el principio de identidad cultural es uno de los principios rectores del derecho a la cultura, que en nuestra Ciudad tiene particular expresión por ser esta producto del pluralismo y de la multietnicidad, y que tiene la finalidad de recoger las tradiciones de las distintas culturas y comunidades que habitan en ella, lo cual se refleja a su vez en la preservación y recuperación del patrimonio cultural, la memoria y la historia de la Ciudad y los barrios.

Como respuesta al evidente carácter excesivamente programático del artículo 32, la Legislatura porteña dictó en 2006 la Ley N° 2176/2006,³ con el objeto de promover los derechos culturales

2. Para un análisis exhaustivo de la noción de “Constitución cultural” véase Prieto de Pedro, Jesús, “Cultura, Economía y Derecho, tres conceptos inaplicados”, en *Pensar Iberoamérica*, Revista de Cultura 1, junio-septiembre de 2002.

3. Ley N° 2176, BOCBA N° 2598, del 23/11/2006.

previstos en el artículo 32 de la Constitución de la CABA, ordenar el marco legal y principios rectores de las políticas culturales, y brindar así regulaciones concretas vinculadas a la administración y goce de los bienes culturales existentes en la Ciudad.

Como primera medida, la ley reglamentaria caracteriza a la cultura como el conjunto de manifestaciones, representaciones, procedimientos y modalidades de la creatividad humana, individual y colectiva, que incluye lo aprendido, acumulado y permanentemente enriquecido, que determina la singularidad de una sociedad y/o comunidad, las diversidades que la integran como totalidad histórica, situada en un espacio definido, y abarca los modos de vida, las formas de vivir en sociedad y/o comunidad, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias (artículo 2, primer párrafo).

La ley define las disciplinas que deben ser tenidas en cuenta al diseñar la política cultural de la Ciudad (antropología; arquitectura y patrimonio arquitectónico; historia; arqueología; enseñanza artística; museología; bibliotecología y demás actividades de recolección, conservación y exhibición de bienes pertenecientes al patrimonio cultural; música; literatura; arte digital, electrónico y electroacústico; artes visuales; artes escénicas; artes audiovisuales; tecnologías teatrales; diseño; radio y televisión educativas o culturales; costumbres y tradiciones populares; artesanías; investigación y experimentación, conservación y crítica), dentro del campo de las disciplinas antes mencionadas y otras que se incluyan en el futuro por parte de la autoridad de aplicación.

Siguiendo el mandato fijado por el constituyente porteño, la ley consagra en el artículo 3 que todos los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires gozan del acceso universal, equitativo e inclusivo a la cultura, destacando que el derecho a la cultura integra los derechos humanos identificados como universales, indisociables e interdependientes, e identifica bajo la noción de “derechos culturales” un amplio catálogo de actividades que reconoce como integrantes de la cultura y del patrimonio cultural porteño, que define en forma exhaustiva en el artículo 4.⁴

4. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 4 de la Ley N° 2176, la noción de “derechos culturales” incluye “crear, expresar y difundir la producción artística y cultural en los diversos lenguajes expresivos; expresar las distintas manifestaciones artísticas en libertad y sin censura; desarrollar la propia identidad cultural en el marco de la diversidad e interculturalidad”.

Establece que la cultura se asume como prioridad estratégica y como política de Estado, y a su vez fija los principios rectores que sustentan a la cultura y a las actividades culturales: (i) igualdad de acceso por parte de los ciudadanos a los diversos bienes y valores culturales; (ii) protección de una identidad pluralista y multiétnica, desde las concepciones de diversidad e interculturalidad, teniendo en miras la superación de las barreras comunicacionales para el intercambio y difusión del patrimonio cultural; (iii) la cultura como componente estratégico central para la política de inclusión y cohesión social orientada a la generación de empleo, al desarrollo sustentable y a la recuperación socioeconómica; (iv) revalorización de la propia identidad cultural, sustentándose en la identidad porteña, nacional y latinoamericana, con apertura a los procesos regionales de integración y a los demás pueblos del mundo; (v) libertad de expresión, preservación y desarrollo de la cultura; (vi) descentralización en las políticas de gestión cultural; (vii) participación ciudadana y protagonismo de la comunidad en el diseño de la planificación y gestión cultural; (viii) la cultura como promotora de desarrollo humano integrado al desarrollo económico, científico, tecnológico, artístico y deportivo; (ix) la protección de patrimonio cultural, como contribución a definir la identidad y la memoria colectiva de los habitantes de la ciudad; (x) la orientación preventiva de la cultura en la aplicación de políticas culturales destinadas a los sectores con mayor necesidad de atención específica; (xi) la cultura en su dimensión terapéutica frente a personas con dificultades biopsico-sociales potenciadora de sus capacidades.⁵

turalidad; preservar la lengua, identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores y espiritualidad de los pueblos originarios; acceder a una educación y una formación artística, artesanal y profesional de los agentes culturales que respete plenamente la identidad cultural; participar en la vida cultural que cada ciudadano elija, y ejercer sus propias prácticas culturales, sin distinción de etnia, credo, sexo, o condiciones biopsicosocial y económica, en el marco del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; participar en el diseño y la evaluación de las políticas en el marco de una democracia cultural, con especial consideración a los creadores y trabajadores de la cultura y sus entidades; acceder en condiciones de equidad a la cultura y al arte, considerados como derechos fundamentales para la construcción de ciudadanía; acceder y participar plenamente en las actividades artísticas y culturales en tanto personas con necesidades especiales; recuperar y preservar los espacios culturales en donde desarrollar los derechos culturales; y recuperar preservar y difundir el patrimonio cultural”.

5. Cfr. art. 5 de la ley.

También define como los “recursos en el ámbito de la cultura” a toda persona física o jurídica que desarrolle actividades de creación, producción, promoción, recuperación, protección, difusión, docencia e investigación vinculadas con la cultura y las artes en el ámbito de la Ciudad (artículo 9).

Asimismo, crea el Congreso de la Cultura de la Ciudad de Buenos Aires, destinado a promover la cultura, que deberá realizarse durante el primer semestre, cada dos años, con una duración de un mes (artículo 10), en donde participarán funcionarios del Poder Ejecutivo de todas las áreas, legisladores de la Ciudad y representantes de los centros de gestión.

Como vemos, la ley reglamentaria regula en forma exhaustiva los principios fijados por el constituyente porteño y acusa recibo en su articulado de la noción de derechos culturales definida por el artículo 32, creando las herramientas necesarias para hacer posible el respeto y debido goce de los derechos culturales, así como la preservación del patrimonio histórico y cultural de la Ciudad de Buenos Aires, siguiendo la senda fijada por el constituyente para el diseño de políticas públicas.

De esta manera, los principios y reglas fijados en el artículo 32 encuentran su debido cauce en la ley reglamentaria, y brinda elementos útiles para lograr la plena efectividad y ejercicio de los derechos culturales y la preservación del patrimonio cultural, entendido este como un proceso creativo, dinámico y multidimensional a través del cual una sociedad funde, protege, enriquece y proyecta su cultura, y que está integrado por todo lo que un grupo social ha creado a través del tiempo.

Recordemos que, en la actualidad y como consecuencia del fenómeno de la globalización, la diversidad cultural, la protección del patrimonio y la memoria colectiva de los pueblos imponen la necesidad de actualizar los enfoques de la noción de derechos culturales, así como los usos y la preservación del patrimonio cultural, y ese fenómeno encuentra su reflejo en los textos constitucionales más modernos, como ocurre con la Constitución porteña.

Como señala Häberle,⁶ en esta dimensión cultural la Constitución no puede limitarse a ser únicamente un mero ordenamiento jurídico como cualquier otro, a la usanza de juristas profesionales, susceptible

6. Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Editorial Tecnos, 2000, pp. 130 y 131.

tan sólo de ser correctamente interpretado por estos a la luz de viejas reglas o de criterios técnicos quizá más recientes, sino que, ante todo, se trata más bien de un hilo esencialmente conductor para uso de todo ciudadano lego en leyes y derechos.

Así, la Constitución es sobre todo expresión viva de un *statu quo* cultural ya logrado que se halla en permanente evolución, un medio por el cual el pueblo puede encontrarse a sí mismo a través de su propia cultura: la Constitución es, finalmente, fiel espejo de la herencia cultural.⁷

7. Ídem.

Capítulo Séptimo

Deporte

Artículo 33

La Ciudad promueve la práctica del deporte y las actividades físicas, procurando la equiparación de oportunidades.

Sostiene centros deportivos de carácter gratuito y facilita la participación de sus deportistas, sean convencionales o con necesidades especiales, en competencias nacionales e internacionales.

EL DERECHO AL DEPORTE Y LAS ACTIVIDADES FÍSICO-RECREATIVAS

Por María Laura Peluffo

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el Título Segundo, referido a las “Políticas Especiales”, concretamente en el capítulo séptimo, se refiere al impulso y promoción del deporte y la actividad física, a la vez que postula el sostenimiento de centros deportivos de carácter gratuito, facilitando la participación de

sus deportistas, sean convencionales o con necesidades especiales, en competencias nacionales e internacionales.

Como punto de partida, el deporte ha sido definido como la actividad física, ejercida como juego o competición, cuya práctica supone entrenamiento y sujeción a normas, o como una recreación, pasatiempo, placer, diversión o ejercicio físico, por lo común al aire libre.¹

La educación física y el deporte son considerados dimensiones esenciales de la cultura y la educación, que deben desarrollar las aptitudes, la voluntad y el dominio de sí mismo de cada ser humano y favorecer su plena integración en la sociedad. Justamente, la continuidad de la actividad física y de la práctica deportiva durante toda la vida, debe ser promovida por el Estado por medio de una educación global, permanente y democratizada.²

Sentado ello, si bien la Constitución hace referencia a las actividades deportivas y/o físicas junto con las denominadas políticas especiales, es preciso dejar en claro que el derecho al deporte constituye una categoría normativa englobada en los denominados derechos culturales. Tal es así que han sido conceptualizados como un aspecto importante en la cultura de nuestro país.³

La Constitución de la Ciudad representa un extenso reglamento que incluye disposiciones de variado contenido, las cuales, con una sistemática despareja y heterogénea, aluden tanto a derechos propiamente dichos como a definiciones más relacionadas con políticas públicas para la gestión de tales derechos. Estos problemas semánticos son reiteradamente abordados por la doctrina,⁴ en particular

1. *Diccionario esencial de la lengua española*, Real Academia Española, Madrid, Espasa Calpe, 2006, p. 471.

2. "Carta Internacional de la educación física y el deporte", UNESCO (1978).

3. Gil Domínguez, Andrés, *Deporte, derecho y cultura*, La Ley, 1997, E, p. 1518.

4. Colautti, Carlos, "Introducción", *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1996; Losa, Néstor Osvaldo, "Políticas Especiales", en Bidart Campos, Germán y Gil Domínguez, Andrés (dirs.), *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 252; López Alfonsín, Marcelo; *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 1997, p. 67; Gil Domínguez, Andrés, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Un recorrido crítico*, Buenos Aires, Eudeba, 1997, p. 117; Jiménez, Eduardo P., "Los derechos de la cultura y de la educación", *Instituciones de la Ciudad...*, op. cit., p. 269; Loianno, Adelina,

en lo atinente a los derechos sociales. Pues se regulan derechos que efectivamente constituyen políticas especiales en áreas relacionadas con la actividad económica, tributos, presupuesto, administración financiera, función pública, ciencia y tecnología, lo que induce a cierta vaguedad que afecta no sólo a la categoría de los denominados económicos, sociales y culturales, sino a la determinación del sistema de derechos en general.

En efecto, los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad que es precisamente una igualdad en *droits*, en cuanto hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los demás derechos. En primer lugar, su universalidad, es decir, el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida, al contrario de lo que sucede con los derechos patrimoniales, que son *excludendi alios*, de los que un sujeto puede ser o no titular, pero que cada uno lo es, con exclusión de los demás. En segundo lugar, su naturaleza de indisponibles e inalienables, tanto activa como pasiva, que los sustrae del mercado de la decisión política, limitando la esfera de lo decidible, vinculado a su tutela y satisfacción.⁵

El fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido analizado tomando como punto de partida la confrontación que existe entre la concepción liberal o socialista que se adopte:⁶ Rawls⁷ sostiene que toda sociedad bien organizada debe tutelar las facultades morales que resumen las posiciones básicas de cada individuo; Habermas⁸ afirma, con razón, que ningún ideal colectivo en sí mismo es una sólida argumentación para fundamentar derechos subjetivos; Alexy⁹ indica que el argumento principal de los derechos fundamentales sociales es un argumento de libertad y agrega que los condicionamientos de la sociedad moderna industrial, la libertad positiva o libertad fáctica no tiene sustento en un ámbito determinado por los ciudadanos

Los derechos económicos sociales y culturales en la Constitución de la Ciudad Autónoma, La Ley, 2006-F, p. 1057.

5. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, p. 23.

6. Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 292-297.

7. Rawls, John, *El liberalismo político*, Barcelona, Grijalbo-Mondadori, 1996, p. 49.

8. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, p. 147 y ss.

9. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 486 y ss.

si no depende esencialmente de actividades estatales; y por último, Nino¹⁰ considera una posición sesgada y decimonónica circunscribir el rol y funcionamiento del Estado a un ámbito únicamente referido a la justicia, la seguridad y la defensa.

Un punto de partida para distinguir la estructura de estos derechos de los derechos civiles y políticos, está dado en que mientras que estos últimos generan obligaciones negativas o de abstención por parte del Estado, los derechos económicos sociales y culturales implican el nacimiento de obligaciones positivas que deberán ser solventadas por el erario público.¹¹

Esto significa que el Estado en relación con los derechos civiles y políticos, cumple simplemente con la “abstención”. Esto es, concreta la protección en orden a esos derechos, por ejemplo, absteniéndose de aplicar penas sin un juicio previo en que se respete el debido proceso legal, o absteniéndose de cometer injerencias arbitrarias en la intimidad de las personas o su familia. Sin embargo, para dar cumplimiento efectivo a los derechos sociales dada su propia estructura, no alcanza con *no hacer*, sino que implica, en contrario, la obligación del Estado de *hacer*, de brindar prestaciones positivas.¹²

Dicho en otros términos, mientras que a los derechos civiles y políticos se corresponden obligaciones de resultado (esto es, el Estado viola un tratado si la actividad de dicho Estado es contraria al deber de abstención, es decir, sólo depende de la voluntad del Estado) a los derechos económicos y sociales se corresponden obligaciones de conducta, de modo que el Estado viola un tratado no por un acto sino por una omisión. No depende del voluntarismo estatal la concreción de este tipo de derechos, sino de un orden social que implique una justa distribución de los bienes, lo que sólo se logra progresivamente y no en forma intempestiva.¹³

10. Nino, Carlos, *Los derechos sociales en Derecho y Sociedad*, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 17.

11. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 21-36.

12. Basterra, Marcela I., *Derechos Económicos, Sociales y Culturales. ¿Cuál es el límite de su exigibilidad?*, JA 2006-II-1462 - SJA 26/04/2006.

13. Nikken, P., “El concepto de derechos humanos”, IIDH, *Estudios básicos de Derechos Humanos I*, San José de Costa Rica, 1994, y Carretón Merino, “La sociedad civil como agente de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales”, IIDH, *Estudios básicos de Derechos humanos V*, San José de Costa Rica, 1996, p. 59, citados por Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos...*, *op. cit.*, p. 22.

En el caso del derecho al deporte y/o actividades deportivas, este queda comprendido en los denominados derechos económicos, sociales y culturales, que en definitiva no son más que derechos fundamentales que se diferencian de los derechos civiles y políticos en su estructura. Para concretar un derecho social el Estado debe cumplir con el deber de abstención y además con el deber de conducta o acción. Debe cumplir con las obligaciones negativas y con las positivas.

Siguiendo este lineamiento, surgen el deporte y la actividad física como derechos fundamentales y sociales que hacen al desarrollo integral de las personas, y el Estado tiene la obligación de reglamentar y promover su práctica mediante políticas de fomento.

Cumpliendo con el mandato constitucional, el legislador porteño sancionó la Ley N° 1624¹⁴ con el objeto de regular, promover, fiscalizar y coordinar el deporte amateur y profesional y la actividad físico-recreativa a nivel comunitario y en edad escolar,¹⁵ reafirmando que la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires asegura la participación y el acceso de todos los ciudadanos a la práctica del deporte y actividades físico-recreativas y procura la equiparación de oportunidades.¹⁶

Asimismo, en el artículo 3 la norma define la práctica del deporte y de actividades físico-recreativas como un derecho y bien social de los habitantes, y en el artículo 4 establece como sustento los siguientes principios: a) igualdad de acceso sin discriminación de ninguna naturaleza, b) libertad, expresada en la libre práctica de acuerdo a las capacidades e intereses de los habitantes de la Ciudad se encuentren o no federados, c) autonomía definida por la facultad y libertad de las personas físicas y jurídicas de asociarse para la práctica deportiva o de actividades físico recreativas, d) legalidad, a través del fiel cumplimiento de las normas por parte de aquellos que participen en los eventos deportivos, e) valoración de la práctica deportiva o actividades físico-recreativas como factores promotores de la salud, de mejoras en la calidad de vida, de contención social, de integración en la diversidad, de formador de pautas culturales y ámbitos sociales para la sana

14. Publicada en el BOCBA el 31/01/2005.

15. Ley N° 1624, artículo 1.

16. *Ibidem*, artículo 2.

convivencia, f) respeto al medioambiente, g) desarrollo económico impulsado por la industria del deporte.¹⁷

De otro lado se crea como autoridad de aplicación la Dirección General de Deportes (o el organismo que lo reemplace)¹⁸ y fija sus principales funciones.¹⁹

17. *Ibíd.*, artículo 4.

18. *Ibíd.*, artículo 6

19. *Ibíd.*, artículo 7: “Funciones. La autoridad de aplicación tiene las siguientes funciones: a) Identificar las necesidades y requerimientos para la práctica del deporte y de las actividades físico-recreativas, arbitrando los medios para su satisfacción. b) Proponer, formular y ejecutar políticas que orienten al fomento y desarrollo del deporte y de las actividades físico-recreativas poniendo especial atención en las personas con necesidades especiales, adultos mayores y sectores sociales de menores recursos económicos. c) Distribuir y fiscalizar el destino y utilización de los recursos económicos y financieros que se le asignen, ejerciendo un control operativo y de gestión permanente que asegure la calidad de las prestaciones. d) Establecer las relaciones de colaboración y coordinación necesarias entre el Gobierno Nacional, los Gobiernos Provinciales y Municipales para determinar el uso y creación de áreas deportivas y recreativas públicas. e) Convocar y presidir al Consejo Asesor del Deporte y su Comisión Directiva. f) Designar los representantes que presiden los Consejos Consultivos Comunales del Deporte estableciendo las relaciones de colaboración y coordinación de los mismos con la autoridad de aplicación. g) Coordinar con los organismos públicos e instituciones privadas el desarrollo de actividades deportivas y de las prácticas físico-recreativas. h) Colaborar con las autoridades educativas a fin de promover la educación física y deportiva en todos los niveles escolares, velando para que los establecimientos educacionales posean y/o utilicen instalaciones deportivas adecuadas. i) Organizar y mantener actualizado el Registro Único de Instituciones Deportivas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el que funcionará en forma coordinada con el organismo responsable en el ámbito nacional. j) Asistir a las instituciones inscriptas en el Registro Único de Instituciones Deportivas de la Ciudad de Buenos Aires en los aspectos técnicos y sociales vinculados a la práctica y desarrollo de la educación física y deportiva. k) Actualizar el Registro de Infraestructura e Instalaciones Deportivas y elaborar anualmente el censo de deportistas federados. l) Velar por el cumplimiento de la entrega anual de los Premios ‘Jorge Newbery’ o de aquellos que lo reemplacen en el futuro. m) Promover la realización de juegos, competencias deportivas y prácticas físico-recreativas para los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. n) Alentar la detección de talentos deportivos gestionando el acceso y la evaluación en los centros de alto rendimiento. o) Propiciar la creación de bibliotecas, hemerotecas, centros de investigación y museos deportivos. p) Promover la creación de espacios para la práctica deportiva y recreativa en los desarrollos urbanísticos a realizarse. q) Coordinar con los organismos correspondientes las medidas necesarias a fin de garantizar la seguridad en los espectáculos deportivos. r) Aplicar las sanciones contempladas en esta ley. s) Asesorar a los organismos públicos y entidades privadas en los aspectos relacionados con la aplicación de esta ley. t) Garantizar que todo deportista, dirigente e integrante del cuerpo técnico que conformen delegaciones oficiales que representen

Además, el legislador estableció que la autoridad de aplicación puede adoptar las medidas tendientes para facilitar el aprendizaje de la práctica del deporte, elaborar proyectos y celebrar convenios con organismos oficiales, organizaciones sociales y empresariales, como así también elaborar programas de capacitación, perfeccionamiento y especialización de recursos humanos, destinados a la organización, ejecución, administración y fiscalización de las actividades deportivas, implementar campañas de educación tendientes a jerarquizar la práctica deportiva como medio para el mejoramiento de la calidad de vida de la población, otorgar becas, subsidios o estímulos a los deportistas amateurs que hayan obtenido el máximo de excelencia en sus categorías cuando compitan en certámenes representando a la Ciudad, coordinar con los organismos competentes la aplicación de las normas médico-sanitarias, programas de medicina preventiva como así también la determinación de los requisitos que deberán contener los certificados médicos que testifiquen la aptitud para la práctica del deporte o de las actividades físico-recreativas, y proponer normas que complementen los objetivos establecidos en esta ley.²⁰

Igualmente la ley reglamentaria contiene disposiciones relativas a la salud psicofísica de los deportistas,²¹ al consejo asesor del deporte,²² la creación de un fondo para deportes,²³ los consejos consultivos comu-

a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en competencias a desarrollarse en el país y en el exterior cuenten con un seguro de cobertura total. u) Promover el deporte de competición y establecer mecanismos de apoyo a los deportistas de alto y mediano rendimiento tendientes a garantizar su participación en competencias nacionales e internacionales en representación de la Ciudad. v) Fomentar la especialización de profesionales en medicina y psicología aplicada a la actividad deportiva y demás ciencias aplicadas al deporte. w) Propiciar la participación de las instituciones deportivas, deportistas y sociedad en general en la formulación, determinación y ejecución de las políticas deportivas estableciendo los procedimientos pertinentes. x) Confeccionar estadísticas. y) Confeccionar el calendario deportivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. z) Ejecutar toda acción dentro de su competencia tendiente a cumplir con las finalidades consagradas por la presente ley”.

20. Ley N° 1624, artículo 8.

21. *Ibidem*, Capítulo III.

22. *Ibidem*, Capítulo IV.

23. *Ibidem*, Capítulo V.

nales del deporte,²⁴ registro de instituciones deportivas,²⁵ sanciones,²⁶ instalaciones deportivas públicas y privadas²⁷ y, por último, normas finales y anexo glosario de términos.

Sentado lo anterior, podemos concluir que el derecho al deporte y/o actividades físicas, como derechos fundamentales sociales, colocan al Estado en un rol activo-prestacional de expansión del poder, mediante el fomento de políticas dirigidas a cumplir pertinentes fines sociales.²⁸ La promoción del deporte es una tarea indelegable del Estado federal de manera concurrente con las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mandato que tanto el constituyente como el legislador han sabido incorporar en el texto constitucional y la legislación reglamentaria.

Una de las condiciones esenciales del ejercicio efectivo de los derechos humanos depende de la posibilidad brindada a todos y a cada uno de los ciudadanos de desarrollar y preservar libremente sus facultades físicas, intelectuales y morales. En consecuencia, el Estado debe garantizar a todos la posibilidad de acceder a la educación física y al deporte, haciendo énfasis en la circunstancia de que ambas, en cualquiera de sus disciplinas, tienden a promover los acercamientos entre los pueblos y las personas, así como el estímulo desinteresado, la solidaridad y la fraternidad, el respeto y la comprensión mutuos, y el reconocimiento de la integridad y de la dignidad humanas.²⁹

Todos los ciudadanos tienen el derecho fundamental de acceder a la educación física y al deporte como aspectos indispensables para el pleno desarrollo de su personalidad.

24. *Ibíd.*, Capítulo VI.

25. *Ibíd.*, Capítulo VII.

26. *Ibíd.*, Capítulo VIII.

27. *Ibíd.*, Capítulo IX.

28. Gil Domínguez, Andrés, *Deporte, derecho...*, *op. cit.*, p. 1518.

29. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, "Actas de la Conferencia General, 20ª reunión, París, 24 de octubre a 28 de noviembre de 1978", vol. 1: Resoluciones, citado por Flores Fernández, Zitlally, "El contenido esencial del derecho al deporte. Perspectiva constitucional en Latinoamérica", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Volumen 4, n° 2/2014 (julio-diciembre).

Capítulo Octavo Seguridad

LA SEGURIDAD PÚBLICA

Por Marcela Vivian De Langhe, Fernando Bosch y José R. Béguelin

Artículo 34

La seguridad pública es un deber propio e irrenunciable del Estado y es ofrecido con equidad a todos los habitantes.

El servicio estará a cargo de una policía de seguridad dependiente del Poder Ejecutivo, cuya organización se ajusta a los siguientes principios:

- 1. El comportamiento del personal policial debe responder a las reglas éticas para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, establecidas por la Organización de las Naciones Unidas.**
- 2. La jerarquización profesional y salarial de la función policial y la garantía de estabilidad y de estricto orden de méritos en los ascensos.**

El Gobierno de la Ciudad coadyuva a la seguridad ciudadana desarrollando estrategias y políticas multidisciplinarias de prevención del delito y la violencia, diseñando y facilitando los canales de participación comunitaria.

El Capítulo Octavo de la Constitución local consagra las atribuciones que le competen a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia de seguridad pública, derivadas del artículo 129 de la Constitución Nacional (CN) según la reforma constitucional de 1994, que reconoce a la Ciudad un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción y de dictar el Estatuto Organizativo de sus instituciones.

Sin embargo, la materialización institucional y real de tales atribuciones resultó ser un camino largo y no exento de dificultades, pues el propio artículo 129 de la CN estableció en su segundo párrafo que “Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación”. Esta disposición originó en 1995 el dictado por parte del Congreso Nacional de la Ley N° 24588, conocida como “Ley Cafiero”, cuyo artículo 7 disponía:

El Gobierno Nacional seguirá ejerciendo, en la ciudad de Buenos Aires, su competencia en materia de seguridad y protección de las personas y bienes. La Policía Federal Argentina continuará cumpliendo funciones de policía de seguridad y auxiliar de la justicia en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, dependiendo orgánica y funcionalmente del Poder Ejecutivo Nacional. La Ciudad de Buenos Aires y el Estado Nacional suscribirán los convenios necesarios para que este brinde la cooperación y el auxilio que le sean requeridos para garantizar el efectivo cumplimiento de las órdenes y disposiciones emanadas de los órganos de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. La Ciudad de Buenos Aires podrá integrar el Consejo de Seguridad. No podrá crear organismos de seguridad sin autorización del Congreso de la Nación.

La “Ley Cafiero” introdujo así una severa limitación a la autonomía local en clara contradicción con el texto constitucional, al establecer que la responsabilidad en materia de seguridad y protección de personas y bienes continuaba en manos del Gobierno Nacional y la Policía Federal seguía cumpliendo sus funciones bajo la dependencia del Poder Ejecutivo Nacional. Claro está que el ejercicio de atribuciones en materia de seguridad y de garantía del goce de los derechos de los ciudadanos es consustancial a la definición de un gobierno autónomo, tal como había determinado la Constitución Nacional para la Ciudad de Buenos Aires, y ello evidentemente no se cumplía.

Luego de un largo proceso de negociaciones políticas, en 2007 se logró la sanción de una reforma al artículo 7 de la Ley N° 24588, por la cual se estableció que

El Gobierno Nacional ejercerá en la Ciudad de Buenos Aires, mientras sea Capital de la República, sus funciones y facultades en materia de seguridad con la extensión necesaria para asegurar la efectiva vigencia de las normas federales. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ejercerá las funciones y facultades de seguridad en todas las materias no federales. El Gobierno Nacional las seguirá ejerciendo hasta tanto aquel ejercicio sea efectivamente asumido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. La Ciudad de Buenos Aires podrá integrar el Consejo de Seguridad Interior.

Esta reforma despejó los obstáculos para la asunción plena de las funciones y atribuciones en materia de seguridad que corresponden constitucionalmente al gobierno autónomo local y para la generación

de las instituciones encargadas de diseñar, implementar y ejecutar las políticas en la materia.

En ese camino, la Legislatura de la Ciudad sancionó en 2008 la Ley N° 2894 de Seguridad Pública, que establece las bases jurídicas e institucionales fundamentales del sistema de seguridad pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en lo referente a su composición, misión, función, organización, dirección, coordinación y funcionamiento, así como las bases jurídicas e institucionales para la formulación, implementación y control de las políticas y estrategias de seguridad pública.

En el ámbito académico, el concepto de “seguridad pública” ha registrado una importante evolución hasta su actual formulación en términos de “seguridad ciudadana”, que resulta más adecuado para el abordaje de los problemas de criminalidad y violencia desde una perspectiva de derechos humanos, y que responde mejor a la temática que desarrollan los artículos 34 y 35 de la Constitución local y a los principios que los informan.

De esta evolución da cuenta el Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA de 2009, al decir:

La seguridad ha sido desde siempre una de las funciones principales de los Estados. Indudablemente, con la evolución de los Estados autoritarios hacia los Estados democráticos ha ido evolucionando también el concepto de seguridad. El concepto de seguridad que se manejaba antes se preocupaba únicamente por garantizar el orden como una expresión de la fuerza y supremacía del poder del Estado. Hoy en día, los Estados democráticos promueven modelos policiales acordes con la participación de los habitantes, bajo el entendimiento de que la protección de los ciudadanos por parte de los agentes del orden debe darse en un marco de respeto de la institución, las leyes y los derechos fundamentales. Así, desde la perspectiva de los derechos humanos, cuando en la actualidad hablamos de seguridad no podemos limitarnos a la lucha contra la delincuencia, sino que estamos hablando de cómo crear un ambiente propicio y adecuado para la convivencia pacífica de las personas. Por ello, el concepto de seguridad debe poner mayor énfasis en el desarrollo de las labores de prevención y control de los factores que generan violencia e inseguridad, que en tareas meramente represivas o reactivas ante hechos consumados.

La esencial diferencia conceptual entre ambos modelos, en términos de la Comisión, es que el de seguridad ciudadana deriva pacíficamente hacia un enfoque centrado en la construcción de mayores niveles de ciudadanía democrática con la persona humana como objetivo central de las políticas, a diferencia de la seguridad del Estado o el de determinado orden político. En ese sentido, la seguridad ciudadana aparece estrictamente como una de las dimensiones de la seguridad humana, pues se la concibe como la situación social en la que todas las personas pueden gozar libremente de sus derechos fundamentales, a la vez que las instituciones públicas tienen la suficiente capacidad, en el marco de un Estado de Derecho, para garantizar su ejercicio y para responder con eficacia cuando estos son vulnerados.

La Ley N° 2894 abreva en esta concepción al definir, en su artículo 2, la seguridad pública como:

... la situación de hecho basada en el derecho en la cual se encuentran resguardadas la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y la plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establecen la Constitución Nacional y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

También en su artículo 5, cuando se afirma que

... [la] seguridad pública es deber propio e irrenunciable del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que debe arbitrar los medios para salvaguardar la libertad, la integridad y derechos de las personas, así como preservar el orden público, implementando políticas públicas tendientes a asegurar la convivencia y fortalecer la cohesión social, dentro del Estado de Derecho, posibilitando el goce y pleno ejercicio, por parte de las personas, de las libertades, derechos y garantías constitucionalmente consagrados.

La condición de “deber propio e irrenunciable del Estado” que detenta la seguridad pública, tanto por disposición del artículo 34 de la Constitución local como del artículo 5 de la Ley N° 2894, se deduce de diversos instrumentos internacionales, tal como expresa el citado informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos cuando destaca que

... en el orden jurídico internacional de los Derechos Humanos no se encuentra consagrado expresamente el derecho a la seguridad frente al delito o a la violencia interpersonal o social. Sin embargo, puede enten-

derse que ese derecho surge de la obligación del Estado de garantizar la seguridad de la persona, en los términos del artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; del artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”; y del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”. No obstante, la Comisión considera que la base de las obligaciones exigibles al Estado se encuentra en un plexo normativo que exige la garantía de derechos particularmente afectados por conductas violentas o delictivas, cuya prevención y control es el objetivo de las políticas sobre seguridad ciudadana. Concretamente, este cúmulo de derechos está integrado por el derecho a la vida; el derecho a la integridad física; el derecho a la libertad; el derecho a las garantías procesales y el derecho al uso pacífico de los bienes, sin perjuicio de otros derechos que serán objeto de análisis específico en el cuerpo de este informe.

El concepto de “equidad” implica que el servicio de seguridad se debe prestar a todos por igual sin diferencias de sexo, la cultura, el sector económico al que pertenece, etc. Es por ello que suele ser relacionado con la justicia social, ya que defiende las mismas condiciones y oportunidades para todas las personas, sin distinción, y sólo se adapta en los casos particulares.

Dispone el texto constitucional que el servicio de seguridad pública estará a cargo de una “policía de seguridad” dependiente del Poder Ejecutivo. En cumplimiento de este mandato, la Legislatura local generó un hito histórico para la Ciudad de Buenos Aires al crear la Policía Metropolitana en el artículo 18 de la Ley N° 2894, encomendándole las funciones de seguridad general, prevención, protección y resguardo de personas y bienes, y de auxiliar de la Justicia, con dependencia jerárquica y funcional del Jefe de Gobierno a través del Ministerio de Justicia y Seguridad.

Quizás una de las características más salientes del diseño institucional de esta nueva policía es que la ley la define como una institución civil armada (artículo 19). De este modo, se elimina desde su génesis el

carácter de fuerza militarizada de origen castrense ínsito en el viejo modelo de policía imperante en las fuerzas de seguridad de nuestro país y se le otorga un perfil más moderno y profesional acorde con los nuevos modelos de policía que predominan en el mundo actualmente. La Policía Metropolitana se constituye en depositaria de la fuerza pública del Estado y las tareas que desarrolla constituyen un servicio público esencial tendiente a la promoción de las libertades y derechos de las personas y a la protección de ellas ante hechos lesivos de dichas libertades y derechos (artículos 19 y 25).

La organización de la nueva policía se ajusta a dos principios básicos. El primero es que el comportamiento del personal policial debe responder a las reglas éticas para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, establecidas por la Organización de las Naciones Unidas. Se refiere al Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley adoptado por la Asamblea General en su Resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1979, que incluye expresamente a quienes ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto y detención. El documento incorpora un amplio catálogo de obligaciones vinculadas con el respeto y la protección de la dignidad humana y la defensa de los derechos humanos, el uso de la fuerza, el secreto sobre las cuestiones confidenciales, la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia y la prohibición de cometer actos de corrupción.

Estos preceptos son de cumplimiento obligatorio para todo el personal policial y la materia íntegra, junto con el conocimiento de otros numerosos instrumentos internacionales vinculados con la actuación policial, los planes de estudio de formación de los aspirantes a Oficial de la Policía Metropolitana que se imparten en el Instituto Superior de Seguridad Pública.

La Ley N° 2894 desarrolla con más precisión este tema en sus artículos 26 a 32, en los que amplía los deberes impuestos a la actuación del personal policial sobre la base de los principios de legalidad, oportunidad, razonabilidad, gradualidad y responsabilidad, con remisión a los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos ratificados por la República, el Código de Conducta y los Principios de las Naciones Unidas sobre el Uso de la Fuerza y Armas de Fuego (artículo 27, inciso a, Ley N° 2894).

Sobre esta temática resulta oportuno recordar que la policía tiene una doble función: la *preventiva*, consistente en impedir violaciones de las leyes (penales, contravencionales, etc.) y en hacer cesar las que ya hayan sido cometidas pero que aún continúen, y la función *represiva*, de la cual aquella tiene que ser diferenciada cuidadosamente, que consiste en cooperar en la investigación y persecución de delitos y contravenciones.¹ La función represiva se regula principalmente en los códigos procesales penales, mientras que la preventiva está regulada en las leyes de policía. Por tanto, en el cumplimiento de tareas de represión, la actividad policial forma parte del Derecho Procesal Penal. El cumplimiento de tareas de prevención, en cambio, se ubica en el campo del llamado “Derecho policial”, que constituye la base de la actividad preventiva. El Derecho policial es una rama del Derecho Administrativo, y con ello del Derecho Público, que reglamenta la función de neutralizar peligros.²

En la doctrina argentina tradicional se consideraba que la función represiva estaba sujeta al principio de legalidad, dado que aquella “se cumple, cuando se presume ya cometido un hecho delictuoso, dentro de una órbita jurídica precisa (*nullum crimen nulla poena sine lege*) y con arreglo a las normas rígidas de la ley procesal”.³ En cambio, se afirmaba que la “actividad de prevención, anterior a toda hipótesis delictiva, obedece a normas genéricas que permiten un margen de discrecionalidad en una tarea que quiere evitar daños o peligros capaces de alterar el orden o la tranquilidad pública”.⁴

Es cierto que en la función preventiva del delito la policía goza de discrecionalidad y se aplica el principio de oportunidad, mientras que en la función represiva rige para las fuerzas de seguridad el principio

1. Götz, Volkmar, *Allgemeines Polizei - und Ordnungsrecht*, Múnich, Beck, 15ª ed., 2013, § 4, n° m. 14; Kindhäuser, Urs, *Strafprozessrecht*, Baden-Baden, Nomos, 3ª ed., 2013, § 5, n° m. 30; Beulke, Werner, *Strafprozessrecht*, Heidelberg, Müller, 12ª ed., 2012, § 6, n° m. 103 y ss.

2. Götz, Volkmar, *Allgemeines Polizei - und Ordnungsrecht*, op. cit., § 1, n° m. 1.

3. Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Córdoba, Lerner, 3ª ed., 1986, T. I, p. 263.

4. Ídem. En el mismo sentido: Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, T. I, p. 303: “su función sustantiva de seguridad, que en lo penal es eminentemente preventiva, (...) se rige por normas generalizantes que permiten moverse dentro de un marco de relativa discrecionalidad”.

de legalidad procesal incluso con mayor energía que para el Ministerio Público Fiscal, principio que exige la persecución de todos los delitos.⁵

Sin embargo, la discrecionalidad sólo significa que las disposiciones del Derecho policial (aspecto preventivo) están formuladas a modo de normas facultativas (o potestativas): la policía *puede* actuar.⁶ Por cierto, la policía tiene el deber de prevenir el delito, tal como se expresa en el artículo 33, inciso b, de la Ley N° 2894, pero con esto sólo se estatuye un deber *general* de actuar. La cuestión de si los agentes tienen que reaccionar frente a un peligro y cómo tienen que hacerlo no está todavía expresada en ese deber general. Por ello, la obligación que la policía tiene es la de *comprobar* si debe o no intervenir.⁷ La discrecionalidad, además, obedece al hecho de que sus recursos técnicos y personales son, en definitiva, limitados, lo que hace imposible que enfrenten la totalidad de los riesgos existentes.

En cambio, discrecionalidad de ningún modo es equivalente a normas genéricas o a actuación sin una norma que le dé fundamento jurídico. Por el contrario, cada injerencia policial en un derecho fundamental, aun la más mínima tiene que estar prevista en una ley que la describa con el suficiente detalle y que cumpla con el principio de proporcionalidad. Esto se debe a que gran parte de los derechos constitucionales se establecen bajo reserva de ley, lo que significa que podrán ser reglamentados –y, por tanto, restringidos– mediante una ley. A ese mandato se lo llama principio de reserva de ley (ver enseguida punto b).⁸

Tantas razones más hay para exigir que *todas* las normas potestativas de la policía se ajusten al principio de reserva de ley, cuanto que

5. Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard; Kniesel, Michael, *Polizei - und Ordnungsrecht*, Múnich, Beck, 7ª ed., 2012, § 2, n° m. 7.

6. Cfr. Dias, Leandro, “División de tareas y responsabilidad por omisión del funcionario policial”, *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, n° 95, 2016 (especialmente respecto de la discrecionalidad del proceder policial y su relación con el deber de actuar jurídico-penal, con la consecuente responsabilidad por omisión impropia).

7. Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard; Kniesel, Michael, *Polizei - und Ordnungsrecht*, *op. cit.*, § 10, n° m. 32. Cfr. también: Kühl, Kristian, *Strafrecht AT*, München, Vahlen, 2012, n° m. 18/87.

8. Jarass, Hans D.; Pieroth, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Múnich, Beck, 13ª ed., 2014, artículo 20, n° m. 44 y ss.; en el derecho angloamericano se aplica directamente el principio de legalidad (*legality principle*), cfr. Barak, Aharon, *Proportionality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 107 y ss., esp. p. 116.

la “distinción entre uno y otro aspecto de la función policial [es decir, el preventivo y el represivo] aún no es nítida; se justifica que no lo sea, puesto que en algunos tipos de actividades ni se puede ni conviene separarlas, y en otros hay recíproca compenetración y auxilio”,⁹ lo que ciertamente no niega la necesidad de diferenciar ambos conceptos. Es que si, siguiendo a la doctrina tradicional argentina, se someten las injerencias policiales represivas al estricto principio de legalidad mientras que las preventivas quedan libradas a “normas generalizantes”,¹⁰ la vigencia de la protección que ofrecen los derechos fundamentales dependería del azar en los numerosos casos en que la distinción no es nítida o en aquellos en que ambas funciones se superponen. En este sentido, dice Volk: “represión y prevención entran en conflicto más de una vez (...); muchas intervenciones de la policía tienen fines preventivos y represivos al mismo tiempo”.¹¹

La distinción clásica entre ambas funciones cobra actualidad ante el ya citado Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA de 2009, cuando se expresa allí que “el concepto de seguridad debe poner mayor énfasis en el desarrollo de las labores de prevención y control de los factores que generan violencia e inseguridad, que en tareas meramente represivas o reactivas ante hechos consumados”. Esta concepción moderna de la seguridad es la que ha guiado, tal como dijimos más arriba, la redacción de la Ley N° 2894, en la que se destaca el modelo de policía centrada en la prevención del ilícito, tarea que, desde luego, no es de su resorte exclusivo ni principal, sino que la comparte con otras instituciones públicas dedicadas a la prevención de aquellos factores sociales que generan violencia e inseguridad.

En cualquier caso, para todo servicio de seguridad ciudadana es necesario que una ley autorice la actuación de la policía. El artículo 1 del Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley establece: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la

9. Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., T. I, p. 303.

10. Ver Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., T. I, p. 263.

11. Volk, Klaus, *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal* (traducido por Alberto Nanzer, Noelia T. Núñez, Daniel R. Pastor y Eugenio Sarabayrouse), Buenos Aires, Hammurabi, 2016, § 7, n° m. 8 y ss.

ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley” y el artículo 2 hace referencia al uso de la fuerza estrictamente necesaria.

En este contexto, las disposiciones legales que facultan a la policía en cuanto órgano del Estado a realizar injerencias en los derechos fundamentales de los individuos se denominan *normas potestativas*. Estas también operan como *normas permisivas* del Derecho Penal (causas de justificación), es decir que excluyen el ilícito de los tipos penales que pudieran cumplirse al efectuar la injerencia. Sin embargo, el alcance de las normas potestativas no se agota en su aspecto de causa de justificación del Derecho Penal, porque además legitiman el actuar del Estado y el del funcionario público. Una causa de justificación sólo excluye el ilícito penal, pero en principio todavía no dice nada definitivo respecto de otros ámbitos de responsabilidad. Así, puede suceder que el Derecho Penal *justifique* la conducta de la persona del policía, pero que otros principios que velan por los derechos humanos u otras leyes del Derecho Administrativo o del Derecho Policial se opongan a esa conducta o le impongan mayores restricciones respecto de los medios permitidos, de manera que debe distinguirse entre diferentes ámbitos de responsabilidad y diferentes consecuencias jurídicas.¹²

Las normas potestativas tienen que estar reglamentadas en una ley previa dictada por el Poder Legislativo, principio que se conoce como *reserva de ley*.¹³ De acuerdo con Sydow, “mientras que el actuar de un particular es ‘básicamente’ libre, la actividad del ejecutivo está sujeta a la ley, y un acto de injerencia sólo es conforme a derecho si ‘excepcionalmente’ está permitido por una autorización que surja de una ley”.¹⁴ En otras

12. Respecto de esta distinción entre diferentes ámbitos de responsabilidad que no necesariamente coinciden, ver Béguelin, José, “¿Puede un funcionario de policía ejercer el derecho de legítima defensa del Código Penal?”, en Ziffer, Patricia, *Jurisprudencia de Casación Penal, Análisis de Fallos*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, T. 5, p. 24; y con mayor detalle: “Die Subsidiarität der Notwehr als entscheidendes Kriterium für die Frage, ob Polizeibeamte sich auf § 32 StGB berufen dürfen”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 2013, p. 473; ya de modo general, sobre una exclusión del ilícito penal, o de otras áreas del derecho en particular, pero no necesariamente en el sentido de lo lícito como concepto de la teoría general del Derecho o de la Filosofía del Derecho: Günther, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln, Heymanns, 1983, *passim*.

13. Al respecto, ver: Pérez Barberá, Gabriel, “Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal”, *En Letra Derecho Penal*, Buenos Aires, 2015, vol. 1, p. 42.

14. Sydow, Fritz, “Forum: § 34 StGB - kein neues Ermächtigungsgesetz!”, *JuS*, 1978, p. 224.

palabras, “la injerencia estatal en la libertad o en la propiedad de los ciudadanos debe estar expresamente autorizada por ley”.¹⁵ En lo esencial, el principio contiene los siguientes aspectos: prohibición de retroactividad, prohibición de analogía, prohibición de la costumbre como fuente, mandato de determinación y mandato de proporcionalidad.¹⁶

El artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece este principio de reserva de ley:

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Al comentar el artículo 30 CADH, dice Rodríguez:

Los derechos humanos pueden ser limitados en aras de armonizar su ejercicio con los derechos de los demás y con el interés general de la comunidad. Los tratados de derechos humanos no sólo señalan cuáles son los derechos de las personas sino también su posible restricción por parte de los Estados.

A lo que agrega: “El segundo límite de toda restricción de derechos es que la misma debe de estar establecida en una ley”.¹⁷

Entonces, si una injerencia policial no está prevista en las leyes policiales (o en los códigos procesales, si se trata de una intervención represiva), o si sólo está prevista como una cláusula general, las fuerzas de seguridad no están autorizadas a realizarla por falta de fundamento jurídico. La injerencia, en definitiva, le está prohibida al Estado. Tampoco podría fundarse la restricción por analogía, para el caso, por comparación con otros ordenamientos.

El deber general de actuar, en cumplimiento de la obligación de prestar seguridad pública, también está expresado en el artículo 86 del Código Procesal Penal de la Ciudad. Allí se definen cuáles son las situaciones generadoras de tal deber, ya sea por actuación autónoma o bajo

15. Pérez Barberá, Gabriel, “Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal”, *En Letra Derecho Penal, op. cit.*, p. 45, con más referencias bibliográficas.

16. *Ibidem*, p. 46 y ss.

17. Rodríguez, Gabriela, “Artículo 30. Alcance de las restricciones”, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Buenos Aires, Eudeba, 2014, p. 716 y ss.

la dirección del Ministerio Público Fiscal, y en el artículo 88 del mismo código se establecen los deberes específicos, que también pueden ser leídos como facultades policiales de actuación en el proceso penal.

Algunos de los deberes de ese artículo también están previstos en la Ley N° 2894. Esto puede ser porque se refieren a dos injerencias similares pero diferentes por tratarse una de prevención (la de la Ley N° 2894) y la otra de represión (la del Código), o bien puede suceder que se trate de la misma injerencia, en la que se superponen ambas funciones. Sin embargo es frecuente que no se dé ninguno de estos casos y que por una técnica legislativa tal vez deficiente sean mencionadas en las leyes policiales funciones de represión y en el Código Procesal, funciones de prevención.

Caben unas últimas reflexiones sobre las reglas éticas mencionadas en el inciso 1 del artículo 34 de la Constitución, en las que se menciona el principio de proporcionalidad. El artículo 3 del Código de Conducta, dispone que los funcionarios “podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”. En los comentarios que integran dicho Código, elaborados por la ONU, se expresa lo siguiente:

El derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad. Debe entenderse que esos principios nacionales de proporcionalidad han de ser respetados en la interpretación de esta disposición. En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr.

En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, el mencionado principio de proporcionalidad está expresado en el inciso 8 del artículo 88 del Código Procesal Penal, específicamente para el uso de la fuerza directa. Es decir, es un caso especial de aplicación de esta máxima, pues en verdad ella rige siempre para toda la actuación estatal¹⁸ y, por ende, para la actuación policial. Su mayor desarrollo se dio en Alemania en el Derecho Público y actualmente en el constitucional. Sus comienzos

18. Stratenwerth, Günther; Kuhlen, Lothar, Strafrecht, AT, Múnich, Vahlen, 6ª ed., 2011, p. 137, n° m. 94.

fincan en el Derecho Policial alemán y luego fue extendiéndose a esas otras áreas del derecho.

Actualmente, este principio es entendido como uno de los “límites a la limitación” de los derechos por parte del Estado (del alemán: *Schranken-Schranken*) y se descompone en tres submandatos: el medio empleado debe ser adecuado, debe ser necesario y debe ser proporcional en sentido estricto.¹⁹ El examen de proporcionalidad en sentido estricto supone preguntar por la importancia de la realización del fin y por la intensidad de la limitación del derecho fundamental.²⁰

Además del artículo 3 del Código de Conducta, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptados por la ONU en La Habana el 7 de septiembre de 1990, fundados en parte en el citado artículo 3, establecen en el artículo 5 que cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios “actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga”.

En el nivel nacional, el Estado argentino, mediante leyes y decretos reglamentarios, ha incorporado estos instrumentos internacionales que introducen el principio de proporcionalidad como límite a la actuación de las fuerzas de seguridad. El Decreto N° 637/03 dispuso que se difundiera e implementara el Código de Conducta en la Policía Federal, en la Gendarmería Nacional, en la Prefectura Naval y en el Servicio Penitenciario Federal. Además, invitó a hacer lo mismo a los gobiernos de provincias.

En el ámbito de la CABA, no sólo el artículo 34 que comentamos sino también la Ley N° 2894 remiten a aquellos instrumentos internacionales y establecen otras reglamentaciones acerca del empleo de la fuerza, más allá del principio mencionado. El artículo 27 inciso a de esa ley establece que la actuación del personal policial se determina según la plena vigencia del Código de Conducta y de los Principios Básicos mencionados. El artículo 28 inciso g restringe el ejercicio de la fuerza física y de la coacción directa a la medida estrictamente necesaria, adecuada a la resistencia del infractor y siempre que no le inflija un daño excesivamente superior al que se quiere hacer cesar. La ex-

19. Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, p. 24 ss.

20. *Ibidem*, p. 163.

presión “daño excesivamente superior”, en función de los instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento interno –y a los que remite la propia ley– debe ser interpretada en el sentido de que el daño no puede ser desproporcionado en relación con aquel que se quiere evitar, y no tan sólo *excesivamente* superior.

Por el destacado desarrollo que el principio de proporcionalidad ha conocido en Alemania, del que se puede aprender para nuestro ámbito, es pertinente una muy breve reseña. La doctrina alemana dice:

El empleo de fuerza directa está sujeto a la prohibición de exceso. En la medida en que el mandato de injerencia mínima lo exija, el empleo de fuerza directa debe ceder ante otros medios coercitivos y ante la negociación policial. Si la aplicación de la fuerza directa es necesaria, entre los medios que garantizan un resultado rápido y seguro debe elegirse aquel que augure el menor daño. Así, los medios de la fuerza física, como p. ej. un camión hidrante, sólo pueden ser utilizados cuando la fuerza física simple sea insuficiente; y esto rige con mayor razón para el empleo de armas (de fuego). En todos los casos, el uso de armas de fuego sólo puede ser el medio último y extremo del operativo. Del principio de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que no toda disposición puede ser ejecutada con cualquier medio coercitivo necesario.²¹

Por otro lado, las normas del derecho alemán establecen de modo expreso la proporcionalidad como límite al actuar policial. El § 15 (2) BPolG (Ley de la Policía Federal), bajo el título “Principio de Proporcionalidad”, establece que “una medida no podrá provocar un perjuicio que sea perceptiblemente desproporcionado respecto del resultado perseguido”. Es similar la redacción del § 4 UZwG (Ley sobre Empleo de la Fuerza Directa en ocasión del Ejercicio de la Coacción pública por parte de Agentes de Ejecución Federales).

Más específicamente, el empleo de armas de fuego por parte de agentes federales contra personas está sujeto a una reglamentación especial que lo limita en función del hecho que se intenta prevenir. El § 13 (1) UZwG determina que antes de hacer uso de tales armas debe advertirse al respecto y, cuando se trata de una multitud, la advertencia debe repetirse. También debe advertirse antes de utilizar un camión hidrante contra una multitud (§ 13 [2]).

21. Götz, Volkmar, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, op. cit., § 13, n° m. 46.

En particular respecto del empleo de la fuerza en el marco de las facultades del Derecho Procesal Penal, la doctrina y jurisprudencia alemanas tienen dicho que se requiere evaluar “si la gravedad de la sospecha justifica la medida. Cuanto más grave sea la medida, mayor será la exigencia de sospecha”.²²

El segundo principio mencionado en el artículo 34 de la Constitución, esto es, en el inciso 2, incluye la jerarquización profesional y salarial de la función policial y la garantía de estabilidad y de estricto orden de méritos en los ascensos.

La “jerarquización profesional” es otra de las características esenciales del diseño institucional de la Policía Metropolitana, que se deriva del entendimiento de que los nuevos desafíos que plantea la sociedad en materia de seguridad exigen que los recursos humanos de las fuerzas de seguridad adquieran una formación profesional de alto nivel y se actualicen continuamente. El camino en tal dirección lo señala la Ley N° 2894 en su artículo 48, al disponer que la carrera profesional del personal de la Policía Metropolitana se desarrolle sobre la base de la capacitación permanente, el desempeño de sus labores, la aptitud profesional para el grado jerárquico o cargo orgánico a cubrir y la evaluación previa a cada ascenso jerárquico.

Para instrumentar este programa, la Ley N° 2894 creó, en su artículo 56, el Instituto Superior de Seguridad Pública como ente autárquico, dependiente orgánica y funcionalmente del Ministerio de Justicia y Seguridad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con la misión de formar profesionalmente y capacitar funcionalmente al personal de la Policía Metropolitana, a los funcionarios responsables de la formulación, implementación y evaluación de las políticas y estrategias de seguridad ciudadana y de la dirección y la administración general del sistema policial, a todos aquellos sujetos públicos o privados vinculados con los asuntos de la seguridad, así como también la investigación científica y técnica en materia de seguridad ciudadana de acuerdo con los principios de objetividad, igualdad de oportunidades, mérito y capacidad (artículo 57).

El Instituto cuenta con un Área de Formación y Capacitación Policial, que tiene la responsabilidad de diagramar, brindar y evaluar las

22. Meyer-Gofßner, Lutz, *Strafprozessordnung*, Múnich, Beck, 52ª ed., 2009, § 81a, n° m. 18.

carreras y cursos de formación para el personal ingresante a la Policía Metropolitana, y la capacitación, adiestramiento, entrenamiento, perfeccionamiento y actualización permanente a lo largo de toda la carrera profesional en la institución; y un Área de Formación y Especialización en Seguridad Pública, que tiene la responsabilidad de diagramar, brindar y evaluar las carreras y cursos de formación y capacitación de todos aquellos sujetos públicos o privados involucrados en el Sistema Integral de Seguridad Pública y la investigación científica y técnica en materia de seguridad.

Los objetivos de la formación y capacitación del personal policial, los núcleos que se constituyen como pautas de formación de la estructura pedagógica y curricular de la capacitación policial y en seguridad pública y los objetivos de la investigación científica y técnica en materia de seguridad están contenidos en la Ley N° 2895 del Instituto Superior de Seguridad Pública. La norma, además, convierte al Instituto en una instancia de apoyo de la conducción política del Sistema Integral de Seguridad Pública a través de la formación y capacitación continua y permanente de los actores involucrados y la producción de conocimientos científicos y técnicos sobre seguridad.

En cuanto a la “jerarquización salarial”, los integrantes de la Policía Metropolitana son funcionarios públicos y su relación de empleo se rige por la Ley N° 2894 y por el Estatuto del Personal de la Policía Metropolitana, Ley N° 2947, que establece la forma de determinar los haberes, suplementos y demás conceptos retributivos de los oficiales, y los beneficios, la asistencia y cobertura social y de salud que se les brinda y su régimen previsional, conforme el principio de jerarquización salarial en sentido amplio que establece la Constitución local. Todos estos ítems contribuyen indudablemente a generar condiciones dignas de trabajo y jerarquizan la función policial.

El artículo 5 inciso e del Estatuto consagra la “estabilidad” en el empleo del personal policial, la cual se adquiere después de transcurridos doce meses de efectiva prestación de servicios y una vez que hubiere aprobado las evaluaciones de rendimiento y aptitud que determine la reglamentación (artículo 8). Ello no comprende la estabilidad en el cargo o función, ni da derecho a continuar gozando de los suplementos especiales inherentes al mismo (artículo 9). La estabilidad en el empleo del personal con estado policial sólo se pierde por la baja justificada por

las causales establecidas en el Estatuto, las normas reglamentarias y previo sumario administrativo correspondiente (artículo 10).

La carrera del personal con estado policial se basa en los principios de profesionalización, eficiencia funcional y capacitación (artículo 11) y los ascensos se realizan sobre la base de un “orden de méritos”, mediante un sistema de calificaciones, previa aprobación del curso de ascenso y acreditación de los conocimientos profesionales requeridos para el desempeño de las funciones o los cargos orgánicos correspondientes al grado a cubrir (artículo 21). Los cursos de ascenso se realizan anualmente según la jerarquía del personal y la especialización que desempeña. El sistema impulsa la capacitación continua y permanente de los oficiales durante toda la carrera profesional como herramienta decisiva en la selección del personal para ascender a grados superiores. Se exige además, para ser jefe de policía, tener un título universitario.

En cumplimiento de la manda final del artículo 34 de la Constitución, la Ley N° 2894 establece que el Sistema de Seguridad Pública de la Ciudad, integrado por numerosos componentes, tiene como finalidad la formulación, implementación y control de las políticas de seguridad pública desarrolladas en el ámbito local, aquellas referidas a las estrategias sociales de “prevención de la violencia y el delito”, así como a las estrategias institucionales de persecución penal, de seguridad preventiva comunitaria y de seguridad compleja (artículos 7 y 9). La propia ley define la prevención como las acciones tendientes a impedir, evitar, obstaculizar o limitar aquellos hechos que, dadas determinadas circunstancias y elementos objetivos y concurrentes, pudieran resultar delictivos o pudieran configurar actos atentatorios de la seguridad pública (artículo 3). Es responsabilidad del Ministro de Justicia y Seguridad la dirección y coordinación del sistema de prevención de la violencia y el delito, especialmente en la formulación, implementación y evaluación de las estrategias de prevención social de la violencia y el delito (artículo 12, inciso f). Para ello cuenta con una Subsecretaría de Prevención del Delito.

Por otra parte, la Ley N° 3253, de 2009, creó el Comité de Seguimiento del Sistema de Seguridad Pública por el término de ocho años con el objeto de dotar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de un ámbito de integración, evaluación, coordinación y estudio del nivel y la calidad del cumplimiento de lo establecido por la Ley N° 2894/08

(Ley de Seguridad Pública de la CABA - BOCBA N° 3063). Es un órgano de consulta y asesoramiento del Ministerio de Justicia y Seguridad y de la Legislatura de la CABA, que se encuentra facultado para formular propuestas y recomendaciones conforme con su ley de creación. Se integra con tres representantes designados por el Poder Ejecutivo y tres representantes designados por la Legislatura de la Ciudad, y cuenta también con miembros consultivos permanentes.

La participación de los ciudadanos, a través de diversas modalidades, en temas vinculados con la prevención del delito y la violencia ha ido creciendo tanto en los debates como en la implementación de políticas sobre seguridad pública en Latinoamérica en los últimos años. La tendencia surge como respuesta no sólo al aumento cuantitativo y cualitativo de la criminalidad que se ha dado en la región, sino también a la idea de que de ese modo se convoca el apoyo de la ciudadanía y se incrementa la legitimidad de las instituciones encargadas del control y la prevención del delito en cada sociedad.

En nuestro medio, la participación comunitaria es un derecho de los ciudadanos y el Estado de la Ciudad tiene el deber de promover la efectiva participación en los asuntos de seguridad pública, tal como lo establece el artículo 16 de la Ley N° 2894. Esa participación ciudadana se canaliza a través de la actuación de los Foros de Seguridad Pública (FOSEP), que se constituyen como ámbitos de participación y colaboración entre la sociedad civil y las autoridades, para la canalización de demandas y la formulación de propuestas en materia de seguridad pública. Los FOSEP se constituyeron por Ley N° 4007, en el ámbito de las comunas de la ciudad –existe uno por cada comuna– y se integran con organizaciones de la sociedad civil o entidades comunitarias y vecinales con personería jurídica, domicilio y actuación en el ámbito territorial de la comuna correspondiente, el representante de la junta comunal que tenga entre sus atribuciones la temática de la seguridad pública, un representante de cada una de las fuerzas de seguridad con actuación en la comuna y uno del Ministerio de Justicia y Seguridad (artículo 5). Los vecinos que no integren ninguna de las organizaciones civiles mencionadas pueden participar de todos modos en los FOSEP a título individual, ya sea presentando una iniciativa, reclamo o petición por escrito, participando de los talleres y seminarios que organice o coordine, o de la reunión plenaria trimestral (artículo 8).

Artículo 35

Para cumplimentar las políticas señaladas en el artículo anterior, el Poder Ejecutivo crea un organismo encargado de elaborar los lineamientos generales en materia de seguridad, tendiente a llevar a cabo las tareas de control de la actuación policial y el diseño de las acciones preventivas necesarias.

El Poder Ejecutivo crea un Consejo de Seguridad y Prevención del Delito, honorario y consultivo, integrado por los representantes de los Poderes de la Ciudad y los demás organismos que determine la ley respectiva y que pudiesen resultar de interés para su misión.

Es un órgano de consulta permanente del Poder Ejecutivo en las políticas de seguridad y preventivas.

Con miras a garantizar el cumplimiento de las políticas instauradas en el artículo anterior, se dispone la creación de un Consejo de Seguridad y Prevención del Delito encargado de elaborar los lineamientos generales en materia de seguridad y de llevar a cabo las tareas de control de la actuación policial y el diseño de las acciones preventivas necesarias.

El organismo tomó forma en virtud de la Ley N° 1689 de 2005, que organiza y regula su funcionamiento y lo constituye en órgano honorario de consulta y asesoramiento permanente del Poder Ejecutivo en las políticas de seguridad y preventivas (artículo 2), tal como lo dispone la parte final del artículo 35 de la Constitución, y dependiente del Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Su presidente es el Secretario de Seguridad y está integrado por un Plenario y por las Comisiones Sectoriales Permanentes. El Plenario lo conforman seis representantes del Poder Ejecutivo, con rango de Subsecretario, con competencia en la materia, seis diputados de la Legislatura de la Ciudad respetando el principio de proporcionalidad, y el Fiscal General de la Ciudad o su adjunto (artículo 8).

Las funciones del Consejo son fundamentalmente de asesoramiento al Poder Ejecutivo sobre diversos temas vinculados a la seguridad: el análisis de los aspectos sociocriminológicos que inciden en la seguridad ciudadana, así como de las diversas causas que fomentan la delincuencia y la violencia en todas sus modalidades; el desarrollo de estrategias y políticas multidisciplinarias de prevención del delito y la violencia diseñando y facilitando los canales de

participación comunitaria; el desarrollo y la implementación de programas de asistencia individual, familiar y social tendientes a evitar la criminalidad y los comportamientos violentos; la elaboración de propuestas sobre la problemática de la víctima del delito; el desarrollo de programas de prevención para conjurar los efectos nocivos del suministro de toda sustancia que produzca adicciones; la elaboración de programas orientados a la formación y capacitación en materia de seguridad ciudadana; y la firma de convenios entre el Gobierno de la Ciudad y todo ente de gobierno sobre la participación activa en la planificación y gestión de las políticas de seguridad de la Ciudad (artículo 6).

Asimismo, son deberes del Consejo formular diagnósticos y elaborar los lineamientos generales de seguridad; proponer estrategias y cursos de acción desde perspectivas multidisciplinarias para la prevención primaria y secundaria del delito y la violencia; evaluar la actuación policial en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; recibir de los Coordinadores Comunitarios del Plan de Prevención del Delito, dependientes de la Dirección General de Políticas de Seguridad y Prevención del Delito, las inquietudes, requerimientos y propuestas de los vecinos; elaborar recomendaciones de seguridad; promover e impulsar campañas de divulgación de las normas preventivas sobre violencia e implementar cursos y seminarios sobre seguridad a los fines de la actualización permanente; y responder con premura a las consultas que el Poder Ejecutivo formule sobre políticas de seguridad y preventivas.

Por otro lado, el artículo 11 de la Ley de Seguridad Pública establece que el Jefe de Gobierno debe formular y presentar anualmente a la Legislatura de la Ciudad el Plan General de Seguridad Pública, que debe contener la misión o premisa dominante, las metas generales y los objetivos específicos de la política de seguridad pública, así como las estrategias y directivas generales para su gestión, implementación y control. El Ministerio de Justicia y Seguridad elabora anualmente dicho plan, que tiene la misión de garantizar a quienes habitan, trabajan y transitan por la Ciudad, un espacio de convivencia, armónico y seguro, que se exprese en protección, justicia y rehabilitación social permanente, en un marco de pleno respeto a los

derechos humanos. El documento presenta los objetivos y metas, las estrategias y las líneas de acción que definen la actuación de cada una de las dependencias y organismos públicos que actúan directamente en la prevención y contención de conductas delictivas en el territorio de la Ciudad. Allí se consignan los resultados logrados y los esperados en materia de seguridad, la percepción de los vecinos sobre la seguridad, el desempeño de la Policía Metropolitana, los objetivos generales de la política de seguridad pública a mediano y largo plazo, las líneas de acción en la materia y los proyectos a desarrollar, con una fuerte impronta en la prevención del delito y la participación ciudadana. Se intenta a través de este instrumento que las políticas de seguridad pública sean encaradas en forma integral, buscando que sean sistemáticas, continuas y evaluables, para facilitar el cumplimiento de los objetivos y fines establecidos y la corrección de los desvíos que vayan presentándose.

Las líneas de acción se orientan al control inteligente del espacio público y la atención de las emergencias, el desarrollo de las instituciones y herramientas para la capacitación, administración, control y operatividad de la Policía Metropolitana, el fortalecimiento de la justicia en todo el ámbito de la CABA y la promoción de planes participativos para la prevención del delito. Los ejes transversales corresponden al sistema de gestión de la información y a la planificación de acciones en las que es necesario contar con la participación coordinada de diferentes organismos del Gobierno de la Ciudad y de otras jurisdicciones.

En cuanto al “control de la actuación policial”, además de lo ya expuesto, la Ley N° 2894 crea en su artículo 54, en la órbita del Ministerio de Justicia y Seguridad, la Auditoría Externa Policial, que depende directamente de aquel y tiene como misión principal realizar controles normativos, de procedimientos, por resultados y por impactos del funcionamiento de la Policía Metropolitana. Interviene en el control de las actividades y procedimientos que realice la Policía Metropolitana en aquellos casos que se denuncien, o en los que razonablemente se puedan presumir irregularidades, y realiza las investigaciones administrativas y los sumarios administrativos, proponiendo al Ministro, cuando corresponda, las sanciones a apli-

car. Elabora también un informe anual sobre el desempeño de la institución en materia de derechos humanos y discriminación.

En el artículo 55, la ley crea el Programa de Participación Ciudadana para el seguimiento del accionar de la Policía Metropolitana y, por Resolución CABA 654 de 2010, se establecen las Coordinaciones de Auditoría Policial Comunal por cada Comuna de la Ciudad, en el ámbito de la Dirección Operativa Control Ciudadano de la Auditoría Externa Policial, cada una de las cuales estará a cargo de un coordinador, con las funciones de recoger las demandas, necesidades y sugerencias de la ciudadanía de cada comuna con relación al accionar de la Policía Metropolitana, colaborar en la sistematización de canales eficaces de demandas, sugerencias y denuncias, y participar en la adaptación de los sistemas de seguimiento y evaluación de las actividades policiales a partir de nuevas formas de registro adecuadas para consignar la interacción policía-ciudadanía.

Capítulo Noveno

Igualdad entre varones y mujeres

Artículo 36

La Ciudad garantiza en el ámbito público y promueve en el privado la igualdad real de oportunidades y trato entre varones y mujeres en el acceso y goce de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a través de acciones positivas que permitan su ejercicio efectivo en todos los ámbitos, organismos y niveles y que no serán inferiores a las vigentes al tiempo de sanción de esta Constitución.

Los partidos políticos deben adoptar tales acciones para el acceso efectivo a cargos de conducción y al manejo financiero, en todos los niveles y áreas.

Las listas de candidatos a cargos electivos no pueden incluir más del setenta por ciento de personas del mismo sexo con probabilidades de resultar electas. Tampoco pueden incluir a tres personas de un mismo sexo en orden consecutivo.

En la integración de los órganos colegiados compuestos por tres o más miembros, la Legislatura concede acuerdos respetando el cupo previsto en el párrafo anterior.

IGUALDAD REAL Y ACCIONES AFIRMATIVAS. ACERCA DEL ARTÍCULO 36 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CABA

Por Patricia Gómez

ACERCA DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN

Con la Carta de las Naciones Unidas de 1945 se establece el principio de igual acceso a los derechos, que luego se reitera en distintas normas supranacionales, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el Pacto de San José de Costa (1969), por mencionar sólo algunas. Con distintas fórmulas, en estos instrumentos se manifiesta el compromiso al respeto y la garantía de los derechos sin distinciones por parte de los Estados firmantes. Un aspecto central en el ordenamiento internacional de los derechos humanos es la consagración del principio de igualdad y no discriminación; principio que con el correr del tiempo se ha ido perfilando más acabadamente hacia sujetos y grupos y no solamente desde la individualidad.

En este marco, un conjunto de herramientas normativas ponen su foco de atención en áreas temáticas y/o en situaciones de colectivos específicos, para dar cuenta de los alcances de los derechos reconocidos internacionalmente frente a la heterogeneidad de las relaciones sociales y la comprensión restrictiva de dicho alcance.¹ Prueba de ello son la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) de 1979² y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995, entre otros.

Desde esta perspectiva, y en especial desde la última década del siglo XX, los principios de igualdad y no discriminación se entienden como parte de una misma relación. En el caso que nos ocupa referido a las

1. Por ejemplo, recién en 1993, con la Declaración y Programa de Acción de Viena, se reconoce que los derechos de las mujeres son derechos humanos.

2. Con rango constitucional por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y, por consiguiente, de aplicabilidad en la interpretación del articulado de la CCABA.

mujeres, las disposiciones de la CEDAW dan cuenta de la permanencia de espacios de construcción y reproducción de las desigualdades, y de la necesidad de suprimir estas inequidades. Por ello, la definición de “discriminación contra la mujer” postulada en su artículo 1 es:

... toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Esta definición insta un hito fundamental en la forma de entender la igualdad entre los sexos, al articular cuatro presupuestos: (a) la prohibición de discriminar por los motivos y las formas que fueren; (b) la atención en las consecuencias de la discriminación y no sólo en sus orígenes; (c) la responsabilidad de los Estados en la garantía y el ejercicio de los derechos; y (d) el reconocimiento de distintas esferas susceptibles de intervención. En resumen, se establece un giro fundamental en el concepto de igualdad, al entenderla como igualdad sustantiva en un contexto de goce de los derechos humanos, y se avanza desde el postulado de sujetos iguales ante la ley –entendido como trato idéntico– a la noción de igualdad de oportunidades y trato.

La importancia de la CEDAW y de las resoluciones posteriores de su Comité residen en la deconstrucción de un concepto de igualdad hegemónico en la estructura jurídica y política, que la entendía sólo como igualdad *de iure*, y la ampliación de la perspectiva al incorporar, a través de su artículo 4, la adopción por parte de los Estados de “medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer”, que no serán consideradas discriminatorias en el marco de lo dispuesto por la Convención:

En primer lugar, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación –que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares– por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación. La segunda obligación de los Estados Partes es mejorar

la situación de facto de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces. En tercer lugar los Estados Partes están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales.³

Se puede decir esquemáticamente que, mientras el artículo 1 de la CEDAW pone de relieve qué debe entenderse por igualdad entre varones y mujeres, el artículo 4 plantea qué debe entenderse como discriminación y sus distintas fórmulas.⁴ Sin embargo, dichos artículos no deben interpretarse como complementarios, sino que los conceptos de igualdad y no discriminación se articulan en un principio con valor jurídico de *ius cogens*.⁵ En síntesis, la CEDAW consagra una idea de igualdad más amplia y sustantiva, que posibilita la puesta en práctica de medidas especiales de carácter temporal, destinadas a revertir asimetrías de poder en diversos campos.

Desde esta perspectiva y en este clima de ideas se realizan los debates de la Convención Constituyente de 1996 y, en consecuencia, la redacción del artículo 36 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CCABA) como parte integrante del capítulo noveno dedicado a la igualdad entre varones y mujeres.⁶ Estas premisas se recogen nuevamente veinte años después y en forma más amplia en la Ley N° 5261, sancionada en 2015 y denominada Ley Contra la Discriminación,⁷ al reafirmar el compromiso con la garantía y promoción de la igualdad sustantiva, la prevención de la discriminación

3. Recomendación General N° 25, párrafo 7 (citas omitidas).

4. Para ampliar esta cuestión, ver Facio, Alda, "El derecho a la no discriminación", en *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, pp. 11-25.

5. Esta es la interpretación generalmente utilizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en distintas intervenciones de los últimos años.

6. En vistas a que dicho capítulo está dedicado a la igualdad entre varones y mujeres, las consideraciones que aquí se presentan se refieren a esos colectivos en particular, sin que ello signifique perder de vista consideraciones más generales sobre el principio de igualdad referido a otros grupos.

7. *Normas institucionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 3ª ed., 2016, pp. 133-142.

a través de las acciones afirmativas, y muy especialmente la sanción y reparación de los actos discriminatorios, entendiendo las disposiciones de la ley como de orden público.

ANDROCENTRISMO DEL DERECHO

En párrafos anteriores se mencionó que la noción hegemónica de igualdad presente en nuestro andamiaje jurídico se entiende como igualdad *de iure*, en tanto hay un reconocimiento formal de los derechos de las mujeres que en general no se corresponde con la situación real y, en muchos casos, obstaculiza el ejercicio de derechos. Contrariamente a lo que podría suponerse desde una posición de neutralidad, las diferencias entre varones y mujeres no llevan a una organización social más rica y diversa a partir de los aportes de todos los sujetos intervinientes, sino que conduce a una jerarquización masculina que se universaliza y se manifiesta como la organización androcéntrica de las relaciones sociales; es decir, la ubicación de (un cierto tipo de) hombre en el centro o cúspide de las jerarquías. Esta forma androcéntrica de organización de lo social excluye especialmente a las mujeres pero no de manera exclusiva, sino que también lo hace con los varones que no forman parte de las clases dominantes. Así se conforma un arquetipo viril, que se erige como sujeto universal del derecho y se generaliza sin dejar huellas de las contradicciones y exclusiones sobre las que se sostiene. Se define desde el *andros* de la democracia griega, es decir el varón, adulto, libre, ciudadano, propietario, heterosexual y, actualmente, caucásico, occidental y alfabetizado.

Desde este universal androcéntrico se definen los derechos, por lo que el lenguaje legal y la práctica jurídica suponen un sujeto dominante masculino que no es cualquier varón, sino el que se alinea con todos los aspectos del *andros*, y se organiza desde allí un discurso jurídico, científico y religioso cuasi absolutista.⁸ Como plantea Rodríguez:

Tanto en los sistemas nacionales como en el sistema internacional de derechos humanos se ha partido de la concepción de que la pertenencia al género femenino o masculino son características ontológicas y

8. Moreno Sardà, Amparo, *La otra «política» de Aristóteles. Cultura de masas y divulgación del arquetipo viril*, Barcelona, Editorial Icaria, 1988.

no construcciones de la percepción, intervenciones culturales o identidades forzadas por el propio sistema social de jerarquías entre los sexos. (...) El derecho ha contribuido activamente en la transformación de una perspectiva en una “instancia objetiva de neutralidad”.⁹

En resumidas cuentas, en el sistema jurídico el punto de vista de los varones dominantes se transforma en la regla objetiva, que no es entendida como un punto de vista entre otros, sino como la unidad de medida que legitima la dominación masculina y la refuerza con su aplicación, objetivando estructuras sociales que los procesos jurídicos reflejan.¹⁰

En esta línea de razonamiento se ubica la discusión de la Convención Constituyente de 1996, al hablar de igualdad real de oportunidades y trato,¹¹ ya que esta noción da cuenta de situaciones diferenciales en la formulación y el disfrute de los derechos humanos. En atención a la incorporación formal de las mujeres en el sistema político y el sistema de partidos desde los inicios del siglo XX y a su presencia en las instituciones públicas, estamos ante un proceso que no puede entenderse como el resultado de una relación lineal entre la extensión del derecho de voto y el ejercicio de la ciudadanía, ya que por definición la ciudadanía política implica el derecho al sufragio, pero este último no presupone *necesariamente* la condición de ciudadano o ciudadana. Ya no se trata solamente del acceso de grupos subalternizados al espacio público, sino de analizar las formas de inclusión y de exclusión en una organización androcéntrica.

En esta línea, cabe preguntarse si el derecho de las mujeres al sufragio ha supuesto su constitución como ciudadanas. En todo caso puede afirmarse que las mujeres accedieron a la ciudadanía como un *principio de inclusión excluyente*: las incluye en tanto presentan derechos políticos, pero las excluye de la pertenencia a la comunidad política ya que no forman parte de los procesos de toma de decisiones en una

9. Abregú, Martín y Courtis, Cristian (Comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editorial Del Puerto/CELS, 1997.

10. MacKinnon, Catharine, *Feminismo inmodificado: Discursos sobre la vida y el Derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.

11. Véanse especialmente las intervenciones de María José Lubertino y Eugenio Zaffaroni, en *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2016, pp. 688-691 y 694-697 (respectivamente).

organización androcéntrica de la estructura política.¹² Pero para que las concepciones restrictivas de la ciudadanía e igualdad cambien, no alcanza con “agregar mujeres”. De allí deviene la crítica feminista al liberalismo contemporáneo al impugnar la trampa que encierra el ideal abstracto de ciudadanía, construido a la medida de quienes participaron de su definición.¹³ De lo que se trata es de generar una masa crítica de ciudadanas en condiciones de autoridad como para discutir las propias normas constitutivas de la estructura de los derechos.

ACCIONES AFIRMATIVAS

Con el eje en la noción de igualdad de oportunidades y trato, el artículo 36 de la CCABA incluye acciones destinadas a acelerar la incorporación y permanencia de las mujeres en aquellos terrenos en los que se verifican barreras u obstáculos difíciles de sortear a través de medidas alternativas.¹⁴

Las acciones afirmativas pueden definirse como aquellos mecanismos adoptados por instituciones y/o grupos organizados con el objetivo de garantizar el principio de igualdad de oportunidades en presencia de grupos históricamente subalternizados.¹⁵ Sin embargo, tanto la denominación como el concepto no han estado exentos de polémicas. Conviene empezar por hacer una brevísima distinción terminológica.

La tradición del derecho antidiscriminatorio tiene su origen en Estados Unidos y ha acuñado el término “discriminación inversa”, que en

12. Gómez, Patricia, “Acciones afirmativas para grupos desaventajados. Un análisis del caso argentino”, en García Inda, Andrés y Lombardo, Emanuela (coord.), *Género y derechos humanos*, Zaragoza, Mira Editores, 2002, pp. 127-149.

13. Incluso Rawls se permite dejar fuera del velo de ignorancia, en la situación original, el hecho de que quienes establecen la definición de justicia son patriarcas cabeza de familia, con lo que de una vez se asegura que sean varones y que no se debata la estructura de la familia patriarcal. Cfr. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1993.

14. La Constitución Nacional reconoce a las acciones positivas de forma explícita tanto en el art. 37 (referido a la participación política) como en el art. 75, inc. 23.

15. Se utiliza expresamente el término “subalternización” para dar cuenta de la situación impuesta a determinados grupos como resultado de una organización social androcéntrica, y no como consecuencia de una situación individual o colectiva de disvalor intrínseco.

la tradición europea se ha dado en llamar “discriminación positiva”. Tanto uno como el otro han sido criticados por considerarse que suponen una contradicción en sí mismos. Desde el punto de vista político, el concepto de discriminación alude al desfavorecimiento de una persona o grupo que se manifiesta en una desvalorización; mientras que desde el punto de vista jurídico, remite a toda infracción al principio de igualdad y a la violación de la igualdad cuando se establecen criterios prohibidos de diferenciación.¹⁶ Sin embargo, cuando se habla de discriminación inversa o discriminación positiva, la polémica gira en torno al desfavorecimiento al que se verán sometidos ciertos sujetos para valorizar las libertades de los que forman parte de grupos socialmente desaventajados.

Para zanjar abruptamente este debate que no puede ser abordado aquí por razones de espacio, se prefiere utilizar en estas líneas la noción de acciones afirmativas ya que constituye el núcleo del derecho antidiscriminatorio, aun cuando su definición normativa no es muy clara, según algunos autores, porque refiere a la positividad de medidas que se instrumentan como políticas en beneficio del conjunto de la comunidad y no exclusivamente para los sujetos individuales o colectivos a las que van destinadas en primera instancia. Por último, la denominación de acción afirmativa proviene de la expresión estadounidense “*affirmative action policy*”, aunque se use en el mismo sentido, sobre todo en ámbitos fuera del académico, la expresión “acción positiva”, procedente de la inglesa “*positive action*”.

La implementación de acciones afirmativas supone alguno de los siguientes requisitos: (a) la garantía de promoción de sujetos de derechos para asegurar el disfrute de los derechos humanos y de las libertades básicas; (b) la temporalidad de las medidas frente a una situación de desigualdad inicial; (c) la aplicabilidad de las medidas, siempre que no resulten en el mantenimiento de estándares jurídicos separados.

Las acciones afirmativas pueden implementarse de dos maneras. Una de ellas es a través de la incorporación de una porción significativa de miembros de sectores subalternizados en determinadas posiciones, a través de políticas activas de promoción por parte de las

16. Barrère Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Editorial Civitas, 1997.

instituciones públicas o privadas. Esta modalidad denominada “por objetivos” establece metas a cumplir en un período de tiempo determinado previamente. Ejemplo de ello es la Plataforma de Acción de Beijing (1995) y el Plan de Igualdad Real de Oportunidades y de Trato entre Mujeres y Varones en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, establecido por la Ley N° 474. En esta modalidad se inscriben dos de los tipos de programas de acción afirmativa que distingue la jurisprudencia estadounidense: los blandos (*soft*), que son oportunidades para todos los grupos de población, más allá de su condición de raza o sexo; y los enérgicos (*aggressive*), dirigidos a obtener un resultado, por lo que asignan un plus a determinados grupos en competición con el resto de la población, pero sin excluir totalmente a quienes no forman parte de tales grupos de los beneficios del programa.

La otra manera de implementar acciones afirmativas es la generación de situaciones especiales para los grupos históricamente subalternizados a través de cuotas; es decir, la obligatoriedad temporal de incorporar un número mínimo e indispensable de individuos pertenecientes a dichos grupos en determinadas posiciones. Este formato de acciones afirmativas puede llevarse a cabo por lo que la jurisprudencia estadounidense califica como programas enérgicos, o por lo que denomina “rompedores” (*hardball*), ya que establecen una preferencia absoluta hacia miembros de determinados grupos.¹⁷

Entre los variados argumentos favorables al establecimiento de acciones afirmativas a través de cuotas, puede señalarse que estas compensan las barreras que presentan las prácticas políticas para las mujeres, ya que son tan competentes como los varones pero sus calificaciones son degradadas y minimizadas en una organización social androcéntrica.

En oposición a la implementación de las cuotas puede argüirse que este tipo de medidas vulneran la igualdad ante la ley, generan graves conflictos en la organización partidaria y, en consecuencia, lesionan gravemente el vínculo representativo. Pero la cuestión es más compleja: frente a un trato imparcial, las posibilidades de las mujeres de

17. En el caso de los Estados Unidos de América, en la implementación de este último tipo de formato siempre debe comprobarse por parte de la administración la victimización del colectivo en cuestión. Desde la perspectiva de este comentario, no entendemos que la incorporación de las mujeres al ejercicio de la igualdad deba partir de la premisa de la victimización.

integrar las listas de partidos políticos se ven sensiblemente reducidas como resultado de mecanismos discriminatorios más o menos sutiles. Para lograr un marco equitativo de oportunidades para todos los individuos con el fin de obtener instituciones justas, es necesario instrumentar medidas que garanticen no sólo las libertades básicas, sino también –y muy especialmente– la compensación de la menor utilidad de la libertad para algunos sectores, como son las mujeres. Si las acciones positivas cuestionan el vínculo representativo no es porque supongan *per se* la representación de intereses de género, sino porque muestran en toda su complejidad la situación de subalternización de buena parte de los individuos en relación con el arquetipo viril protagonista del derecho.

La invisibilización y/o la neutralización de procesos sociales tiene efectos directos sobre las personas, ya sea en términos individuales como colectivos. Por eso la Recomendación General N° 25 del Comité de la CEDAW señaló que la legislación y políticas públicas ancladas en criterios neutros aparentes en cuanto al género pueden tener repercusiones negativas sobre las mujeres:

La vida de la mujer y la vida del hombre deben enfocarse teniendo en cuenta su contexto y deben adoptarse medidas para transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente. Las necesidades y experiencias permanentes determinadas biológicamente de la mujer deben distinguirse de otras necesidades que pueden ser el resultado de la discriminación pasada y presente cometida contra la mujer por personas concretas, de la ideología de género dominante o de manifestaciones de dicha discriminación en estructuras e instituciones sociales y culturales.

La idea de alcanzar la igualdad de oportunidades a través de la desigualdad está comprendida en los principios de justicia rawlsianos, donde aplica el principio de la diferencia a la igualdad democrática: “las expectativas más elevadas de quienes están mejor situados son justas *si y sólo si* funcionan como parte de un esquema que mejora las expectativas de los miembros menos favorecidos de la sociedad”¹⁸.

18. Rawls, John, *op. cit.*, p. 97.

Es decir que las acciones afirmativas más que cuestionar el principio de igualdad ante la ley, posibilitan el efectivo cumplimiento de la igualdad democrática a partir de la igualdad inicial. En esta línea se inscribe la Ley de Igualdad española, que establece una fórmula flexible según la cual ninguno de los dos sexos puede tener una presencia en las listas electorales inferior al 40%, en cada tramo de cinco puestos. Este procedimiento se sustenta en lo que la ley define como “principio de presencia o composición equilibrada”, con el que se trata de asegurar una representación suficientemente significativa de ambos sexos en puestos de toma de decisiones.

Una idea semejante aparece en la Ley N° 24012, conocida como Ley de Cupos, sancionada en Argentina en 1991, en cuya parte sustantiva expresa que las listas electorales deberán presentar un mínimo del 30% de mujeres entre las personas candidatas y en proporciones con posibilidad de resultar electas, estableciendo el número mínimo de mujeres que debían estar en las listas de cargos electivos nacionales. La peculiaridad del tipo de mecanismo de acciones afirmativas adoptado tanto en Argentina como en el Estado español a través de cuotas, reside en que esta disposición opera en el régimen electoral y no en el sistema de partidos (la Argentina es el primer país latinoamericano en aplicar medidas de este tipo y de esta forma). En el caso francés, la estrategia promueve la paridad en las listas electorales expresada en la ley de 1999 con el objetivo de “*favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*”, y establece sanciones para los partidos políticos que no cumplan con la paridad entre varones y mujeres.

El artículo 36 de la CCABA presenta tres características novedades frente a otros casos, a saber: (a) el mecanismo de acciones afirmativas no se limita a un único formato, sino que los convencionales dejaron el camino abierto para implementaciones con distintas fórmulas legales en las políticas públicas a llevar adelante; (b) la obligatoriedad constitucional está prevista para todo el conjunto de normas jurisdiccionales, haciendo especial hincapié en el sistema de partidos en tanto intermediario de la voluntad popular, pero en este caso a través de la modalidad de cuotas; y (c) todo cuerpo colectivo regulado por la CCABA debe respetar el precepto constitucional, lo cual obliga a la Legislatura al respeto del cupo establecido en el segundo párrafo del artículo 36. Las

dos últimas características son particularmente relevantes frente a la supuesta inconstitucionalidad de la ejecución de acciones afirmativas en tanto violarían la igualdad ante la ley:

... la discusión que se da en el contexto del Derecho Constitucional de los Estados Unidos y que pone en evidencia la tensión entre el principio de igualdad ante la ley y las acciones afirmativas no es fácilmente extrapolable a nuestro país. Ello es así debido a que, mientras que en los Estados Unidos el principio de igualdad es de carácter constitucional y las medidas de acción afirmativa encuentran su fuente en la ley (y, por ello, son pasibles de ser declaradas inconstitucionales por los tribunales), la incorporación en la propia Constitución Nacional de nuestro país de acciones afirmativas respecto de algunos grupos específicos, como lo es el de las mujeres, según lo establece el artículo 75, inciso 23, torna el debate sobre su “constitucionalidad” irrelevante, dado que ya tienen reconocimiento constitucional. En el caso del país del norte, la raíz legal de las acciones afirmativas puede hacerlas vulnerables frente a ataques fundados en la Enmienda XIV de la Constitución, de modo que la discusión tiene sentido al buscar derribar la validez constitucional de la norma legal. En el caso de nuestro país, la inclusión constitucional de las acciones afirmativas obliga a conciliar ambas normas, el artículo 16 y el artículo 75, inciso 23, quizá redefiniendo el significado del primero de ellos.¹⁹

En resumen, puede decirse que las acciones afirmativas promueven el acceso de las mujeres a los procesos de toma de decisiones, al facilitar el pasaje de una ciudadanía definida en términos del principio de inclusión excluyente –como la que realiza la ley de voto femenino– a una definida en términos del principio de inclusión incluyente: las mujeres son ciudadanas en tanto sujetos de derechos, así como por su ejercicio efectivo en cuanto participantes de la comunidad política. Dicho de otra forma, este *principio de inclusión incluyente* permite articular los puntos de vista de las mujeres –y de otros grupos socialmente subalternizados– ya no como un otro excluido, sino como partícipes de las prácticas políticas en una situación de equidad. Ello no elimina las diferencias entre los distintos sujetos ni al interior de actores colectivos de los que forman parte. Es precisamente allí donde radica

19. Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Amaya, Jorge (ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004*, Buenos Aires, UCES, 2004, p. 511.

la posibilidad de construir una democracia que respete los diferentes clivajes sin una disposición jerárquica, preservando los valores de libertad y equidad para la resolución de conflictos.

Si estas acciones no tienen lugar a mediano plazo, se ofrecerá sustento a una legitimidad de resultados mucho más que a una legitimidad de principios, dando por tierra con la posibilidad de construir una ciudadanía democrática que forja y perfecciona el gobierno de la ley.

Artículo 37

Se reconocen los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos.

Se garantiza la igualdad de derechos y responsabilidades de mujeres y varones como progenitores y se promueve la protección integral de la familia.

LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Por Mariano Fernández Valle

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo ofrece un sucinto análisis del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos (DSyR) en el artículo 37 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA). En primer término, inicia con una reconstrucción del desarrollo que este campo de derechos ha experimentado en el ámbito supranacional y en el constitucionalismo regional. Luego, enmarca el artículo 37 dentro de ese proceso y ofrece una interpretación actualizada de la disposición constitucional, a veinte años de su sanción. Esta interpretación se sirve de estándares generados por organismos internacionales de protección de Derechos Humanos, de las observaciones que específicamente han hecho a nuestro país, y de legislación y jurisprudencia propias. A través de dicha interpretación se avanza en la especifica-

ción del contenido de estos derechos y en el detalle de los obstáculos que enfrentan. Por último, el trabajo cierra con algunas conclusiones.

CONTEXTO: NOTAS PRELIMINARES SOBRE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS¹

Los DSyR agrupan distintos derechos humanos ya reconocidos, pero significados desde el plano de la sexualidad y de la reproducción. Su desarrollo es parte de los procesos de interpelación a las formulaciones generales de derechos, que derivaron en normativas más específicas y sensibles a la situación de distintos colectivos sociales. En particular, su avance se originó en el reclamo de movimientos de mujeres y de diversidad sexual, y estuvo centralmente anclado en las numerosas formas de coacción que enfrentan en este campo. Queda cubierta por ellos una enorme gama de demandas, que incluye desde la posibilidad de desarrollar libremente la personalidad, la corporalidad, la identidad de género y la orientación sexual, hasta la de decidir si tener hijos e hijas, cuándo, cómo y con quién o quiénes. También abarcan los distintos servicios, prestaciones y tecnologías dirigidos a llevar adelante esas demandas.

Aprobada en 1979, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) dio algunos pasos en el reconocimiento positivo de los DSyR. Estableció exigencias a los Estados para eliminar la discriminación contra las mujeres en la esfera de la atención médica y para asegurar su acceso a servicios de planificación familiar (artículos 12.1 y 14) y a aquellos relacionados con el embarazo, el parto y el período posterior al parto (artículo 12.2). Además, reconoció el derecho de las mujeres, en condiciones de igualdad, “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos” (artículo 16.e).

1. El siguiente apartado reformula lo trabajado en Fernández Valle, Mariano, “Derechos sexuales y reproductivos: reconocimiento, desarrollo progresivo y discusiones contemporáneas”, en Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, Thomson Reuters-La Ley, T. II, pp. 586-591.

Estas disposiciones adquirieron mayor detalle en la Cuarta Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo, en 1994. Allí se definió por primera vez en un documento internacional el concepto de *salud reproductiva*, como “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos”. Se indicó además que “la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”, y se aclaró que

... [i]ncluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.²

Al año siguiente, la Conferencia de Beijing y su Plataforma de Acción continuaron este camino y posicionaron en mayor medida los DSyR, en especial respecto de mujeres adultas, jóvenes y niñas.³ Entre otras cosas, se indicó allí que

... [l]os derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia (párrafo 96).

De manera contemporánea, también se sancionaron la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer en 1993 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”) en 1994, que si bien no se detuvieron especialmente en los DSyR, condenaron las relaciones históricas de subordinación entre varones y mujeres, a la par que definieron en mayor medida los deberes estatales frente a los distintos tipos y modalidades de violencia que afectan a estas últimas, incluida aquella de carácter sexual.

2. ONU, *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, Capítulo VII (Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva), punto 7.2 y ss.

3. Véanse los puntos 92 a 99 de la “Plataforma de Acción de Beijing”, entre otros que se ocupan del tema. Véase también el punto 30 de la Declaración de Beijing.

Por su parte, trazaron un claro vínculo entre la violencia y la discriminación por razones de género, que permitió visualizar las formas de coerción estructural que imposibilitan el goce de los derechos en pie de igualdad, aspecto que ya había sido adelantado por el Comité CEDAW en su Recomendación General N° 19.⁴

Estos antecedentes, junto con los movimientos transnacionales que los hicieron posibles, alimentaron la labor de distintos organismos internacionales, que a través de informes de país, informes temáticos, recomendaciones y resolución de casos contenciosos dotaron de un contenido más preciso a los DSyR y redefinieron derechos tales como la libertad, la vida privada, la igualdad y no discriminación, la salud, la integridad personal y la prohibición de tortura de modo tal de que operen en su beneficio. Esta labor, a su vez, puso de resalto las dificultades particulares que ciertos colectivos sufren para el acceso a estos derechos, en función del género, la edad, la etnia, la capacidad, la orientación sexual, la identidad de género, la diversidad corporal, los recursos económicos, la localización geográfica o su combinación “interseccional”.⁵

Más cerca en el tiempo, algunas menciones concretas de los DSyR se han incorporado a instrumentos convencionales, como se verifica en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, que reconoce el derecho a mantener la fertilidad (artículo 23.c) y a acceder a programas de salud, incluida la sexual y reproductiva, en igualdad de condiciones con el resto de la población (artículo 25.a), o en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015, que exige a los Estados “[f]omentar políticas públicas sobre salud sexual y reproductiva de la persona mayor” (artículo 19.c). También puede encontrarse referencia a ellos en los “Principios de Yogyakarta” (9.b, 17 y 24), que sin poseer fuerza obligatoria se han convertido en un importante apoyo para la interpretación de la normativa internacional con relación a la orientación sexual y la identidad de género, y han

4. Comité CEDAW, Recomendación General N° 19 (“La violencia contra la mujer”), 29/01/92.

5. Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha incorporado el concepto de interseccionalidad para hacer referencia a la forma en que “múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación” confluyen. Véase Corte IDH, “González Lluy y otros vs. Ecuador”, 01/09/2015, párrafo 290.

sido utilizados por la Corte IDH en ese sentido.⁶ Asimismo, existe una campaña para la sanción de una Convención Interamericana de Derechos Sexuales y Reproductivos, cuyo proyecto preliminar reconoce los derechos a la confidencialidad; al avance científico; a una sexualidad placentera; a la libre expresión de la sexualidad; a la identidad de género y sexual; a la educación e información sobre sexualidad; a la salud sexual; a la libertad y la integridad sexual; a la autonomía reproductiva; a la maternidad segura y voluntaria; a la educación e información sobre reproducción; a la salud reproductiva; a la regulación de la fecundidad; a la reproducción asistida; a la integridad en el ejercicio de las prácticas reproductivas; etc.

En el constitucionalismo regional también se constata un rol activo de los movimientos sociales en el avance de los DSyR, a partir de la interpretación de disposiciones constitucionales generales y de intentos de reconocimiento explícito, que alcanzaron algún grado de éxito en la última oleada de reformas en América Latina. Por lo general, estas reformas incluyeron nuevos derechos y otorgaron centralidad al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), que mediante distintas fórmulas se integró a los diseños constitucionales de la región, dio lugar a sistemas legales más protectorios y favoreció un ejercicio activo de la jurisdicción constitucional de los tribunales.⁷ Asimismo, constituciones como la del Estado Plurinacional de Bolivia y la de Ecuador avanzaron en consagraciones concretas de los DSyR: mientras que la primera garantizó “a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos” (artículo 66), la segunda reconoció a las personas el derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 32), así como el derecho “a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual” y a “tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener”.⁸

6. Véase Corte IDH, “Duque vs. Colombia”, 26/02/2016, párrafo 110.

7. Sobre estas reformas, véase Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo XXI editores.

8. Sin embargo, ambas constituciones paradójicamente definieron a la familia y al matrimonio de una forma estrecha, centrada en un paradigma heterosexual y excluyente.

En la Argentina, el alcance de los DSyR se ha dirimido legal y jurisprudencialmente en verdaderas “batallas interpretativas” alrededor de las disposiciones constitucionales referidas a la libertad de cultos (artículo 14); a la protección integral de la familia (artículo 14 bis); a la igualdad y la no discriminación (artículo 16); a la autonomía personal (artículo 19); a los derechos implícitos (artículo 33); a los derechos a la salud, a la información y al trato equitativo de consumidores y usuarios (artículo 42); a los derechos de incidencia colectiva (artículo 43); a la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos (artículo 75 inciso 22); a la igualdad real de oportunidades (artículo 75 inciso 23) y a la protección de la mujer en el embarazo y la lactancia (artículo 75 inciso 23); entre otras. Como luego se verá con mayor profundidad, los tribunales de justicia y la instancia supranacional fueron escenarios privilegiados de estas discusiones, que progresivamente inclinaron la balanza hacia un mayor reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en el país, por lo menos en lo formal.

Asimismo, a nivel legislativo se sucedieron importantes avances mediante la Ley N° 25673, que creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; la Ley N° 26130, que incorporó a dicho programa la ligadura de trompas y la vasectomía dentro de los métodos de planificación familiar y anticoncepción; la Ley N° 26150, que estableció el Programa Nacional de Educación Sexual Integral; la Ley N° 25929, que reconoció una serie de prestaciones vinculadas con el embarazo, el parto y el postparto, junto con derechos de las mujeres en esta situación y de los recién nacidos y las recién nacidas; la Ley N° 26485, que estableció que la violencia contra las mujeres comprende distintos tipos (física, psicológica, sexual, patrimonial y simbólica) y modalidades (doméstica, institucional, laboral, contra la libertad reproductiva y obstétrica), consagró derechos y garantías para las víctimas, y determinó deberes estatales para prevenir, erradicar y sancionar el fenómeno; la Ley N° 26529, que reguló los derechos de pacientes en su relación con profesionales e instituciones de salud; la Ley N° 26618, que extendió las protecciones del régimen matrimonial a las parejas no heterosexuales y a sus núcleos familiares; la Ley N° 26743, que reconoció el derecho a la identidad de género y reguló el acceso al reconocimiento legal de dicha identidad y a las tecnologías quirúrgicas y hormonales para expresarla libremente; la Ley N° 26862, que reconoció el derecho a las técnicas de

reproducción asistida con amplitud e impuso obligaciones de cobertura integral a los distintos sectores del sistema de salud; y el nuevo Código Civil y Comercial, que contiene algunos avances importantes en la regulación de las relaciones familiares, junto con modificaciones en las reglas de capacidad para el ejercicio de derechos vinculados con la salud y el cuidado del cuerpo.⁹ Todos estos desarrollos se conectan además con otras leyes nacionales que aplican a la materia, con regulaciones administrativas que reglamentan su ejercicio, y con normas sancionadas en las jurisdicciones provinciales y en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

LOS DSyR EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CABA

La CCABA forma parte del selecto listado de constituciones que han avanzado de forma explícita en el campo de los DSyR; en su caso, a través de distintas disposiciones que se enmarcan en un paradigma legal protectorio de los derechos humanos de grupos vulnerables. Entre otros aspectos relevantes, la CCABA contiene una moderna cláusula que contempla al género y a la orientación sexual como categorías protegidas contra la discriminación (artículo 11),¹⁰ un título completo sobre políticas especiales y un capítulo específico sobre igualdad entre varones y mujeres. Por otra parte, consagra el derecho a la salud integral (artículo 20), y encomienda a la Legislatura el dictado de una Ley Básica de Salud que incluya entre sus lineamientos la promoción de la “maternidad y paternidad responsables” y que a tal fin ponga a “disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos” (artículo 21.4). También establece la obligación estatal de incorporar programas

9. En sentido complementario, véase el documento de acuerdos elaborado en la “Mesa de Trabajo: Nuevo Código Civil y Comercial, lectura desde los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos”, aprobado por Resolución N° 65/2015, Secretaría de Salud Comunitaria, Ministerio de Salud de la Nación, 09/12/2015.

10. En el ámbito de la Corte IDH, recién en 2012 se haría un reconocimiento explícito de la orientación sexual como categoría protegida por el art. 1.1 de la Convención Americana, a través del caso “Atala Riffó y niñas vs. Chile” (párrafos 91-92), luego ratificado por el caso “Duque vs. Colombia” (párrafos 104-105). Estos casos también incorporaron a la identidad de género dentro de dicha disposición.

de derechos humanos y de educación sexual (artículo 24). Y reconoce expresamente los derechos reproductivos y sexuales en su artículo 37.

EL ARTÍCULO 37 DE LA CCABA

El artículo 37 se incluye en el Capítulo Noveno (“Igualdad entre Varones y Mujeres”) del Título Segundo (“Políticas Especiales”) del Libro Primero (“Derechos, Garantías y Políticas Especiales”) de la CCABA. De redacción breve e indeterminada, se encuentra en relación directa con diferentes disposiciones constitucionales, entre ellas las reseñadas en el párrafo previo y las contenidas en los artículos 36 y 38 que complementan el capítulo.

A su vez, se dota de contenido mediante numerosas leyes locales, como la N° 114, que reconoció derechos a niños, niñas y adolescentes en la esfera sexual y reproductiva; la N° 153, que reguló acciones dirigidas a garantizar el derecho a la salud integral; la N° 418, que hizo lo propio para garantizar políticas de salud reproductiva y procreación responsable; la N° 474, que estableció un exhaustivo plan para promover la igualdad real de oportunidades y de trato entre varones y mujeres; la N° 1040, que reconoció a las mujeres el derecho a ser acompañadas por quien designen en el parto, el nacimiento y la internación; la N° 2110, que estableció la enseñanza de educación sexual integral en todos los niveles obligatorios y modalidades del sistema educativo; la N° 2957, que creó un plan marco para la construcción de una ciudadanía plena, sin discriminación con pretexto de la orientación sexual o la identidad de género; la N° 4203, que adhirió a la Ley nacional N° 26485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres; la N° 4238, que garantizó el desarrollo de políticas para la atención integral de la salud de personas intersexuales, travestis, transexuales y transgénero; y la N° 4376, que estableció lineamientos de política pública para el ejercicio de los derechos de las personas LGBTI, entre otros ejemplos. También se sirve de las normas nacionales aplicables a la jurisdicción, y de la jurisprudencia local, que si bien no siempre ha apelado al artículo 37, ha resuelto numerosas controversias que involucran la materia que regula.

Finalmente, adquiere verdadero significado a través de los estándares internacionales de derechos humanos, que en definitiva constituyen el parámetro desde el cual realizar el “control de convencionalidad” de normas y prácticas, deber que pesa en cabeza de toda autoridad pública en el marco de sus respectivas competencias.¹¹

Primer párrafo

Basta volver sobre el apartado II de este trabajo para verificar que el párrafo inicial del artículo 37 se ve claramente influenciado en su lenguaje y en su contenido por los desarrollos del DIDH contemporáneos a su proceso de discusión, en particular por aquellos que se iniciaron con la sanción de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y que se continuaron con las Conferencias de Viena, El Cairo y Beijing, que incluso fueron citadas por algunas convencionales en la Asamblea Constituyente de 1996. Esta disposición de apertura combina el reconocimiento genérico de los derechos reproductivos y sexuales “libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos”, con el reconocimiento de una de sus dimensiones específicas, la de “decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos”.

Que se los consagre “libres de coerción y violencia” encuentra base en un diagnóstico previo que habla de los numerosos obstáculos que los DSyR enfrentan, tanto por la actuación de autoridades públicas como por la de particulares. Las formas de coerción y violencia pueden ser variadas en su tipo e intensidad, desplegarse en ámbitos públicos y privados, con carácter estructural o episódico. Asimismo, que se los entienda como “derechos humanos básicos” posiciona a los DSyR en el campo mismo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y revela la centralidad que estos adquieren en el desarrollo de los proyectos personales e interpersonales. También opera como una indicación precisa para exigir una atención jerarquizada de los obstáculos que experimentan, para resolver disputas interpretativas y para dirimir conflictos con otros bienes en juego. Finalmente, que se consagre de modo especial la dimensión de “decidir responsablemente sobre la

11. Véase Corte IDH, “Cuadernillo de jurisprudencia N° 7: control de convencionalidad”, 2015.

procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos”, confirma la vinculación entre el reconocimiento de los DSyR en la CCABA y los antecedentes internacionales citados, que incluyen idénticas referencias a la autonomía sexual y reproductiva.

Dicho lo anterior, es posible avanzar en la determinación más precisa del contenido de estos derechos y de los deberes que demandan. Sin ánimo de ser exhaustivo, es claro que incluyen el asegurar educación e información en materia sexual y reproductiva sin discriminación, aspecto que surge de la misma CCABA (artículos 21.4 y 24), de leyes locales y nacionales referidas precedentemente y de un profuso desarrollo internacional.¹² En un sentido elemental, exigen información para el ejercicio pleno de la personalidad, la sexualidad, la corporalidad, la identidad de género y la orientación sexual. En un sentido más específico, exigen información para el auto cuidado y la reducción de riesgos, para prevenir enfermedades de transmisión sexual, para tomar determinaciones reproductivas y no reproductivas, para consentir prácticas médicas u otro tipo de intervenciones, para resguardar la integridad personal, etc. Cabe indicar que la información debe ser completa, comprensible, accesible y actualizada,¹³ y que el derecho a ella no sólo habilita el acceso a la existente sino también el exigir su producción y difusión. Además, en el área de la salud la información guarda una relación estrecha con el principio de confidencialidad y con el secreto profesional, cuyo incumplimiento puede generar dilemas inadmisibles, disuadir la búsqueda de la atención médica y exponer a graves riesgos a quienes la requieren.¹⁴

Los DSyR incluyen también el acceso efectivo a los métodos para la protección contra enfermedades de transmisión sexual y para evitar embarazos no deseados, aspecto que encuentra correlato en programas específicos como los regulados por la Ley nacional N° 25673 y por la Ley local N° 418, entre muchos otros. Involucran el acceso a

12. Para un desarrollo exhaustivo, véase Comisión IDH, “Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61, 22/11/2011.

13. *Ibidem*, párrafo 57.

14. *Ibidem*, párrafos 75-84. Véase además Comisión IDH, “Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 07/06/2010, párrafo 38.

mecanismos de barrera, y a una variedad de prestaciones anticonceptivas, incluidas la anticoncepción hormonal, la quirúrgica y la de emergencia. Respecto de este punto cabe indicar que los organismos internacionales han indicado la importancia de proveer información y métodos de protección a la población sin discriminación de ningún tipo, con especial atención a las necesidades de ciertos grupos en particular,¹⁵ como el de niños, niñas y adolescentes, aspecto último que la propia Justicia de la CABA tuvo oportunidad de reivindicar por sobre el ejercicio de la “patria potestad” hace más de diez años.¹⁶ Asimismo, en atención a las controversias que en particular la anticoncepción de emergencia ha planteado a nivel regional, cabe expresar que los comités internacionales, la Comisión IDH y el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) han exigido a los Estados proveerla¹⁷ y que en tiempos recientes la Corte IDH ha desarticulado las distintas posiciones que se esgrimen contra su entrega, al determinar en el caso “Artavia Murillo y otros” que la “concepción” no es equiparable a la “fecundación”, sino que es un proceso complejo que se consuma con la “implantación”, evento antes del cual ni siquiera aplican las disposiciones convencionales, las que por otra parte tampoco tienen el carácter y alcance que tales posiciones restrictivas usualmente les asignan.¹⁸

En adición, los DSyR involucran el acceso seguro y oportuno a los supuestos de aborto legal en el país, contemplados desde 1921 para evitar un peligro a la vida o la salud (artículo 86 inciso 1, CP) y frente a embarazos derivados de violencia sexual (artículo 86 inciso 2, CP).

15. *Ibidem*, párrafos 1, 6-7, 32, 38, 48, 53, 59-60 y 90, entre otros.

16. Véase TSJ CABA, Expediente N° 480/00 “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, 14/10/2003. Para una mirada actualizada, véase “Mesa de Trabajo: Nuevo Código Civil y Comercial...”, *op. cit.*

17. Para un detalle de estas exigencias, véase Fernández Valle, Mariano, “Derechos sexuales y reproductivos...”, *op. cit.*, pp. 594-596.

18. La Corte IDH consideró además que los embriones no son personas en los términos de la Convención Americana ni titulares de los derechos que el DIDH reconoce a quienes tiene por tales, y que el deber de protección de la vida en gestación no es absoluto ni incondicional, sino que debe ponderarse frente al ejercicio de otros derechos, entre ellos los DSyR. Véase Corte IDH, “Artavia Murillo y otros (‘Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica”, 28/11/2012, Capítulo VIII, y repárese en estas consideraciones de cara a los desarrollos que siguen.

Esta dimensión de los DSyR recibió un importante espaldarazo de la CSJN en el caso “F.A.L.”,¹⁹ donde abandonó precedentes restrictivos²⁰ y señaló que las peticiones de aborto legal no deben ser judicializadas, sino que deben ser canalizadas por el sistema de salud sin dilaciones ni obstáculos. Consideró también que estas prácticas impeditivas contravienen las disposiciones de la Convención de Belém do Pará y pueden constituir actos de violencia institucional en los términos de la Ley N° 26485. La misma posición fue luego reiterada por el tribunal en la causa “Profamilia”, que tuvo lugar en la jurisdicción de CABA a propósito de los obstáculos que experimentó una mujer víctima de trata para interrumpir un embarazo producto de dicha situación. La Corte remitió allí a lo decidido en “F.A.L.” y ordenó realizar la práctica requerida, que había sido paralizada por la Justicia Nacional en lo Civil a pedido de una Asociación,²¹ luego de que sus intentos ante la Justicia porteña no prosperaran.²²

La denegación de acceso a los servicios autorizados de salud como el aborto y la atención posaborto, ha sido considerada una forma de malos tratos por motivos de género, que puede causar enormes sufrimientos y, bajo ciertos supuestos, incluso constituir tortura.²³ Por otra parte, las dificultades de acceso han sido objeto de numerosos pronunciamientos de organismos internacionales²⁴ y un aspecto transversal a

19. CSJN, “F.A.L. s/medida autosatisfactiva”, 13/03/2012. Este fallo recibió una reválida explícita por parte de la Corte IDH en “Artavia Murillo y otros”, *op. cit.*, párrafo 262.

20. Véase CSJN, “T.S. c/GCBA s/amparo”, 11/01/2001 y CSJN, “Portal de Belén Asociación Civil sin fines de lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”, 05/03/2002.

21. CSJN, “Pro Familia Asociación Civil c/GCBA y otros s/impugnación de actos administrativos”, 11/10/2012. En una decisión posterior, la Corte dio intervención al Consejo de la Magistratura de la Nación para el análisis del desempeño de la jueza nacional en lo civil, y también ordenó examinar la conducta de la Asociación y de su representante letrado por la interposición de acciones con identidad de peticionario, objeto y causa en distintos fueros. Véase CSJN, mismos autos, 17/09/2013.

22. Véase Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14 de la CABA, “Profamilia Asociación Civil c/GCBA y otros s/impugnación de actos administrativos” (Expte. N° 31117/0), 05/10/2012. Esta decisión fue confirmada por la Sala I de la Alzada, que dio inmediata intervención a la CSJN.

23. Véase “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, Juan Méndez, A/HRC/22/53, 01/02/2013, párrafos 46, 49 y 50.

24. Véase el detalle en Fernández Valle, Mariano, “Derechos sexuales y reproductivos...”, *op. cit.*, pp. 606-608.

todas las observaciones finales que han emitido sobre la Argentina,²⁵ aun con posterioridad a las intervenciones de la CSJN citadas.²⁶ En la más reciente, el Comité de Derechos Humanos de la ONU celebró la decisión adoptada en “F.A.L.” pero indicó que

... le preocupa, sin embargo, que la aplicación de dicha decisión no es uniforme en el Estado parte y que el aborto legal resulte, muchas veces, inaccesible por la falta de instrumentación de protocolos médicos, del ejercicio individual de objeción de conciencia por parte de los trabajadores de la salud u otros obstáculos de facto.²⁷

Las barreras además adquieren aristas distintivas en grupos específicos, como las mujeres con discapacidad intelectual/psicosocial cuya voluntad a menudo se sustituye por la de su representante legal,²⁸ lo que también ocurre con las jóvenes. Tales preocupaciones no son ajenas al ámbito de CABA, que actualmente discute la constitucionalidad de su protocolo de abortos no punibles por no satisfacer en estos y otros aspectos los lineamientos de la CSJN y de los organismos supranacionales de contralor.²⁹

Fuera de lo mencionado, cabe indicar que los DSyR no sólo involucran la información, las tecnologías y los métodos dirigidos a evitar la reproducción no deseada, sino también a posibilitar la efectivamente deseada. La satisfacción de esta premisa implica un conjunto importante de prestaciones en el marco del embarazo, el parto, el parto y el posparto, que tienen desarrollo en la normativa internacional y

25. Comité de Derechos Humanos de la ONU, CCPR/C/ARG/CO/4, 31/03/2010, párrafo 13 y “Caso L.M.R. vs. Argentina”, Comunicación N° 1608/2007, 28/04/2011; Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/ARG/CO/3-4, párrafos 58-59, 21/06/2010; Comité CEDAW, CEDAW/C/ARG/CO/6, 16/08/2010, párrafos 37-38; Comité DESC, E/C.12/ARG/CO/3, 14/12/2011, párrafo 22 y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/ARG/CO/1, 19/10/2012, párrafos 31-32.

26. Véase Gebruers, Cecilia y Gherardi, Natalia, “El aborto legal en Argentina: la Justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso ‘F.A.L.’”, Documentos REDAAS N° 2, Red de Acceso al Aborto Seguro Argentina, 04/2015.

27. Comité de Derechos Humanos de la ONU, CCPR/C/ARG/CO/5, 2016, párrafo 11.

28. Véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, párrafos 31-32.

29. Véase casos “Rachid, María de la Cruz y otros c/GCBA s/amparo” (Expte. N° 45722/0) y “Asociación por los Derechos Civiles y otros c/GCBA s/amparo” (Expte. N° 46062/0), acumulados y en trámite ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA.

constitucional, en leyes nacionales como la Ley N° 25929, y en las leyes locales N° 114, N° 418, N° 474 y N° 1040, por mencionar algunas. Por otro lado, implica el amplio acceso a técnicas de reproducción asistida de baja complejidad (como la estimulación ovárica y la inseminación intrauterina) y de alta complejidad (como la fecundación *in vitro*), necesarias para muchas personas a fin de llevar adelante sus proyectos familiares. Este acceso se reconoce en la Ley N° 26862, que es de “orden público y de aplicación en todo el territorio de la República” (artículo 10), como fuera reafirmado por la Justicia de la CABA.³⁰ Asimismo, de acuerdo con la Corte IDH constituyen tecnologías médicas necesarias para satisfacer el derecho a la vida privada, que incluye la autonomía reproductiva, la atención de la salud y “la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico”.³¹

Segundo párrafo

La referencia inicial de este párrafo a la garantía de igualdad de derechos y responsabilidades de mujeres y varones como progenitores, se comprende mejor dentro de un contexto general de distribución asimétrica de roles en el ámbito intrafamiliar, resultado de relaciones de subordinación históricas y de estereotipos de género³² que ubican a las mujeres en funciones domésticas y de cuidado.³³ En ese sentido, no es la única previsión constitucional que apunta a comprometer la actividad estatal con la democratización de las relaciones familiares y con su protección integral, como puede verse también en el amplio programa de igualdad de género que dispone el artículo

30. Véase la decisión de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario, Sala II, “O. M. J. c/OBSBA”, Causa N° A37745-2015-1, 08/03/2016, adoptada en el marco de un proceso cautelar.

31. Véase Corte IDH, “Artavia Murillo y otros”, *op. cit.*, párrafos 143-145.

32. De acuerdo con la Corte IDH “el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”. Asimismo, ha indicado que “es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas”. Corte IDH, “González y otras (Campo Algodonero) vs. México”, 16/11/2009, párrafo 401.

33. Véase ELA, CIEPP y ADC, “¿Cómo se cuida en Argentina? Definiciones y experiencias sobre el cuidado de niños y niñas”, 05/2014, p. 28.

38 de la CCABA, que incluye la modificación de los patrones socioculturales estereotipados, la promoción de responsabilidades familiares compartidas, la integración de las mujeres a la actividad productiva, la eliminación de la discriminación por estado civil o maternidad, la prevención de la violencia física, psicológica y sexual contra las mujeres, etc. Asimismo, la igualdad de derechos y responsabilidades de varones y mujeres en todas las esferas de la vida social, y en el ámbito familiar en particular, fue un tópico recurrente en la Convención de 1996. En igual sentido, remite a antecedentes de DIDH ya citados y ha sido objeto de preocupación desde hace tiempo en esa instancia.³⁴ Su satisfacción involucra un abanico de requerimientos a las autoridades públicas y a los particulares, que además de lo mencionado incluye el despliegue de políticas sociales, transferencias de recursos económicos, ampliación de los regímenes de licencia paga por motivos de cuidado y equidad respecto de su goce, ambientes laborales amigables a la corresponsabilidad familiar, vacantes educativas suficientes y una redefinición estructural del rol del Estado en los sistemas de cuidado, que tienda a su universalización, etc.³⁵

Sin desconocer la particular dinámica que en sociedades sexistas adquiere la distribución de roles y funciones en el ámbito familiar, cabe también resaltar que las diversas formas en que las familias se desarrollan exige leer el artículo de modo tal que no sólo favorezca a las mujeres y varones en relaciones afectivas heterosexuales. Numerosos niños y niñas nacen y crecen en unidades familiares conformadas por uniones entre varones o entre mujeres, o compuestas por más de dos personas. En esta línea, el compromiso constitucional con la igualdad de derechos y de responsabilidades como progenitores y con la protección integral de la familia debe acompañarse de una lectura anclada en las modificaciones sociodemográficas y en el artículo 11 de la CCABA, tal como se viene haciendo en la jurisdicción a través del establecimiento de regímenes de unión civil para parejas heterosexuales y no heterosexuales (Ley N° 1004); de la proliferación de sentencias

34. A modo de ejemplo, véase Comisión IDH, “Caso María Eugenia Morales De Sierra vs. Guatemala”, Informe N° 04/01, caso N° 11.625, 19/01/2001.

35. Estos aspectos se encuentran identificados y mejor desarrollados a lo largo de ELA y otros, “¿Cómo se cuida en Argentina?...”, *op. cit.*

judiciales favorables al matrimonio igualitario³⁶ antes de su reconocimiento legislativo; de la inscripción registral igualitaria de niños y niñas,³⁷ incluida la triple filiación,³⁸ etc.

Esos avances no sólo están en línea con los estándares internacionales de derechos humanos sino que incluso los amplían, como parte del deber de progresividad y no regresividad a cargo de los Estados. Desde el DIDH se ha indicado expresamente que existen distintos modelos de familia y que las convenciones de derechos humanos no se comprometen con la protección de uno en particular, menos aun de tipo tradicional y estereotipado.³⁹ De ello se desprende que no es posible negar protecciones legales a aquellos núcleos familiares que no encajen con el “modelo tipo”, ni a los y las integrantes –considerados individualmente– cuyos comportamientos no se adecúen a las expectativas que ese modelo instituya.

CONCLUSIONES

A lo largo del trabajo se ofreció una conceptualización de los DSyR, junto con un sintético repaso de su desarrollo normativo. Luego, se indicó la forma en que tales derechos se incorporan al ordenamiento constitucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Finalmente, se señalaron algunas dimensiones contempladas en la norma constitucional y se especificaron en mayor medida sus alcances. En este último objetivo, se reivindicó la necesidad de no perder de vista los

36. Véase Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15, “Freyre, Alejandro y otro c/GCBA s/amparo” (Expte. N° 34292/0) y numerosas decisiones posteriores del fuero en la misma dirección.

37. Luego de la Ley N° 26618, tuvieron lugar en CABA distintos casos de inscripciones de niños y niñas nacidos en el marco de comaternidades, con el apellido de ambas madres. Véase a modo de ejemplos, Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15, “V. A.F. y otros c/GCBA s/amparo” (Exp. N° 40850/0), 24/06/2011 y Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 6, “M.Y.M. y otros c/GCBA s/amparo” (Expte. N° 39998/0), 13/07/2011. Lo mismo ha sucedido en casos de copaternidad.

38. En 2015, el Registro Civil de la CABA ordenó la inscripción de un niño nacido mediante técnicas de reproducción asistida con los apellidos de sus dos madres y el de su padre, como salvaguarda del proyecto familiar conjunto, de los derechos del niño, y del principio de igualdad y no discriminación.

39. Corte IDH, “Caso Atala Riffo y niñas”, *op. cit.*, párrafo 109 y Corte IDH, “Caso Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/04/2012, párrafo 98.

avances que han tenido lugar a nivel local y, principalmente, en el campo del DIDH a fin de resguardar la responsabilidad internacional del Estado, que puede ser comprometida por las acciones y omisiones de sus propios agentes, e incluso por la de particulares que actúan en su nombre, con su aquiescencia o por su falta de debida diligencia.

A riesgo de resultar reiterativo, los organismos supranacionales han llamado la atención al país por las dificultades que persisten para el acceso a los DSyR, por las altas tasas de embarazo adolescente, por la mortalidad materna vinculada con la criminalización general del aborto, por la judicialización sistemática del acceso al aborto no punible y por la aplicación inconsistente de la ley en los tribunales de justicia. Sobre esa base, han instado a asegurar las prestaciones, a impartir educación sexual y reproductiva en todos los niveles formales e informales, a garantizar el acceso uniforme a los supuestos de aborto legal y a revisar la legislación penal que mantiene la criminalización como regla. También se ha indicado remover los obstáculos distintivos que enfrentan grupos poblacionales específicos. Este mensaje debe ser receptado por las autoridades públicas en el marco de sus competencias, incluidas las jurisdicciones locales, que cabe recordar, son las que tienen competencias primarias en algunas áreas sensibles como la educativa y la sanitaria. En este sentido, y a veinte años de vigencia de la CCABA, puede decirse que pese a los avances que se han realizado es todavía largo el camino por recorrer.

Artículo 38

La Ciudad incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas públicas y elabora participativamente un plan de igualdad entre varones y mujeres.

Estimula la modificación de los patrones socioculturales estereotipados con el objeto de eliminar prácticas basadas en el prejuicio de superioridad de cualquiera de los géneros; promueve que las responsabilidades familiares sean compartidas; fomenta la plena integración de las mujeres a la actividad productiva, las acciones positivas que garanticen la paridad en relación con el trabajo remunerado, la eliminación de la segregación y de toda forma de discriminación por estado civil o maternidad; facilita a las mujeres único sostén de hogar, el acceso a la vivienda, al empleo, al crédito y a los sistemas de cobertura social; desarrolla políticas respecto de las niñas y adolescentes

embarazadas, las ampara y garantiza su permanencia en el sistema educativo; provee a la prevención de violencia física, psicológica y sexual contra las mujeres y brinda servicios especializados de atención; ampara a las víctimas de la explotación sexual y brinda servicios de atención; promueve la participación de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a las temáticas de las mujeres en el diseño de las políticas públicas.

POLÍTICAS PÚBLICAS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Por Aluminé Moreno y Felicitas Rossi

INTRODUCCIÓN

En este trabajo comentaremos uno de los artículos más exhaustivos y ambiciosos de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que obliga a los funcionarios y las funcionarias públicos a garantizar la igualdad real entre los géneros en el diseño y ejecución de las políticas públicas. Esta disposición se encuentra en línea con lo establecido por la Constitución Nacional y particularmente con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida por su sigla en inglés, CEDAW), instrumento internacional con jerarquía constitucional desde 1994.

En las últimas décadas el concepto de género fue evolucionando para comprender no sólo a las construcciones sociales que asignan roles diferenciados a varones y mujeres sino también a otros grupos afectados por desigualdades estructurales en virtud de su identidad de género. Por ello, si bien el artículo 38 se incluye dentro del capítulo noveno titulado “Igualdad entre varones y mujeres”, en este trabajo nos referiremos, en primer lugar, al significado de la expresión “perspectiva de género”, desde una lectura evolutiva de la Constitución, que da cuenta de la complejización teórica y jurídica del concepto. En segundo lugar, señalaremos los antecedentes y avances relacionados con las temáticas que se enumeran en el segundo párrafo del artículo 38. Luego, nos centraremos en el significado y alcance de los planes de igualdad

de oportunidades y de trato como una de las políticas que buscan remediar las injusticias basadas en el género. En particular, analizaremos el plan creado en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires a través de la Ley N° 474. Unas reflexiones finales cierran este comentario.

SOBRE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

En los últimos años, en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos se han desarrollado con intensidad principios y estándares que deben orientar los programas y las políticas públicas desde un enfoque de derechos y con perspectiva de género y diversidad sexual.¹

El enfoque de derechos² es un marco conceptual favorable al proceso de desarrollo humano basado en principios y reglas internacionales que sugieren mantener como orientación de la acción pública

1. Sobre estándares internacionales de derechos de las mujeres, ver: Oficina Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Guía interactiva de estándares internacionales sobre derechos de las mujeres*, 2014, disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/om/index.jsp> (último acceso: 16/08/2016); Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación. Actualización de 2011-2014*, 2015, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EstandaresJuridicos.pdf> (último acceso: 15/08/2016); Oficina del Alto Comisionado en Derechos Humanos de Naciones Unidas, “Estándares internacionales” disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/SRWomen/Pages/InternationalStandards.aspx> (último acceso: 15/08/2016); Nicole Lacrampette (ed.), *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/101.pdf> (último acceso: 16/08/2016). Sobre estándares internacionales referidos a orientación sexual e identidad de género, ver: Comisión Internacional de Juristas, *Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2ª ed., 2015, p. 128, disponible en: <http://editorial.jusbaire.gov.ar/descargar/43.pdf> (último acceso: 15/08/2016) y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, 2015, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Violencia-PersonasLGBTI.pdf> (último acceso: 15/08/2016).

2. Sobre enfoque de derechos, ver Sepúlveda, M. and Nyst, C., *The human rights approach to social protection*, disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/EPoverty/HumanRightsApproachToSocialProtection.pdf> (último acceso: 16/08/2016); Comisión Económica para América Latina (CEPAL), “El desarrollo centrado en derechos y el pacto para la protección social”, en *La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad*, febrero 2006; Abramovich, Víctor, “Una aproximación al enfoque de de-

el respeto, la protección y el cumplimiento de los derechos humanos. Es decir, busca incorporar los mejores estándares internacionales en la legislación, los programas, los planes y los procesos de desarrollo en cada país.

A su vez, la perspectiva de género y diversidad sexual³ implica que los y las responsables de la definición, diseño, implementación y seguimiento de las políticas públicas asuman el compromiso de superar las desigualdades basadas en el género y la orientación sexual⁴ y de tomar en cuenta de manera sistemática los efectos diferenciados que ejercen las intervenciones públicas y los fenómenos sociales en mujeres y en lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI).⁵ En este sentido, la incorporación de la perspectiva de género y diversidad sexual en el Estado reclama no solamente acciones de planificación consecuentes, sino que requiere de un profundo cambio de mentalidad de los y las decisores de política.⁶

La primera frase del primer párrafo del artículo 38 establece que la perspectiva de género debe estar presente en todas las políticas públicas de la Ciudad, tanto en sus fases de diseño como de ejecución.

La perspectiva de género consiste en una modalidad específica para abordar fenómenos sociales que se sirve de herramientas conceptuales elaboradas por los feminismos como tradición emancipatoria po-

rechos en las estrategias y políticas de desarrollo” *Revista de la CEPAL*, N° 88, Santiago de Chile, CEPAL, abril de 2006.

3. Sobre transversalización del género en las políticas públicas, ver: Mesa de Género de la Cooperación Internacional en Colombia, “Herramientas de género”, Sistema de Naciones Unidas en Colombia, disponible en: <http://nacionesunidas.org.co/herramientasdegenero/transversalizacion-de-genero-politicas-publicas/> (último acceso: 15/08/2016) y Naciones Unidas, Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, disponible en: http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf (último acceso: 15/08/2016).

4. Para consultar definiciones de la categoría orientación sexual, ver: *Principios de Yogyakarta...*, *op. cit.*, p. 17, nota 1.

5. Se puede consultar una definición de LGBTI en Moreno, Aluminé, “LGBTI. Activismo organizado de lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex”, *Boletín N°5* del Observatorio de Género en la Justicia del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, Observatorio de Género en la Justicia, 2015, disponible en: <https://versionanterior.jusbaires.gob.ar/content/bolet%C3%A9n-n%C2%BA-5-marzo-2015> (último acceso: 16/08/2016).

6. Facio Montejo, Alda, *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, San José, Costa Rica, ILANUD, 1992, p. 156.

lítica y académica. La perspectiva de género provee marcos teóricos y metodologías útiles para analizar e intervenir sobre las desigualdades estructurales en el acceso a bienes materiales y simbólicos que afectan a los sujetos en función de su identidad o expresión de género,⁷ el complejo modo en que se apropian subjetivamente de, y son asignados socialmente en relación con, la feminidad o la masculinidad.

Antes de profundizar el diagnóstico que funda la perspectiva de género, nos interesa explicitar que se trata de un concepto en permanente transformación por cuanto implica una mirada sobre lo social nutrida de categorías producidas en el seno de los movimientos sociales y de la academia. De modo que se modifican los consensos políticos y académicos sobre los significados de diversas nociones relevantes y también sobre las modalidades de intervención sobre distintos problemas sociales. En palabras de Liliana Chiernajowsky: “Cuando las mujeres introducimos el concepto de género lo hacemos reconociendo este carácter social y cultural del concepto que, por lo tanto, es cambiante y susceptible de transformaciones”.⁸ Estas transformaciones se reflejan en la letra y en la interpretación de los instrumentos del Derecho Internacional de los derechos humanos, en las constituciones y leyes nacionales y locales.

Como ya dijimos, la perspectiva de género parte de un diagnóstico sobre la desigualdad estructural entre sujetos privilegiados y sujetos desaventajados en una jerarquía social basada en el género. Según la clásica definición de Joan Scott, “el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos; y el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder”.⁹ La mirada sobre el fenómeno de la dominación y sus modalidades y sobre los sujetos involucrados ha ido variando. Así, en nuestra región la perspectiva de género en las décadas de los ochenta

7. Se pueden consultar definiciones de los términos identidad de género y expresión de género en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, op. cit., p. 32.

8. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, Buenos Aires, Editorial Jusbairens, T. 2, p. 631.

9. Scott, Joan, “El género: una categoría útil para el análisis histórico”, en Navarro, Marysa y Stimpson, Catharine R. (comps.), *Sexualidad, género y roles sexuales*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 61.

y comienzos de los noventa buscaba visibilizar a las mujeres como sujetos de las políticas públicas y diseñar intervenciones que atiendan a las consecuencias de la subordinación que las afecta. Más tarde, se complejizó la representación de las mujeres como sujetos dominados, poniéndose el foco en las diferencias intragénero. Esto es, la heterogeneidad de las mujeres como colectivo en función de: su orientación sexual, situación migratoria, clase social, estatus en relación con la corporalidad estándar –que involucra definiciones de dis/capacidad, cis/transgeneridad,¹⁰ cánones de belleza–, raza, etnia, edad, lugar de residencia, entre otros ejes de diferenciación social que devienen relevantes en diferentes contextos históricos y sociales. Un aspecto complementario a esta problematización es que las políticas públicas deberán también considerar las diferencias entre masculinidades, ya que no todas sus encarnaciones tienen el mismo valor social.¹¹ Esta acepción compleja del concepto de género¹² fue mencionada por la representante Chiernajowsky en la Convención Constituyente:

El género es, entonces, una construcción social de legitimación de marcos valorativos. Al respecto es muy importante señalar –creo que nos importa sobremanera hacerlo a las mujeres– que el género no alude en forma exclusiva a la problemática de las mujeres ni trata de abstraerlas del conjunto de la sociedad. La propuesta no es de exclusión sino de inclusión.¹³

Hace algunos años se problematizan los modos en que diferentes vectores de subordinación se combinan de diversas maneras y tienen impactos que son distintos de la simple suma de privilegios y desventajas que experimenta una persona en su vida cotidiana. Por eso se

10. Se pueden consultar definiciones de cisnormatividad/cissexual/cisgénero en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, op. cit., p. 41.

11. Sobre masculinidades, ver Amuchástegui, Ana y Szasz, Ivonne (coords.), *Sucede que me canso de ser hombre: relatos y reflexiones sobre hombres y masculinidades en México*, México DF, El Colegio de México, Centro de estudios Demográficos, Urbanos y Ambientales, Programa Salud Reproductiva y Sociedad, 2007.

12. Ver, por ejemplo, la noción de “pirámide de género/identidad/poder” como un ejemplo de la sofisticación conceptual en el análisis de género en Borstein, Kate, “¿Quién está en la cima? (¿y por qué estamos abajo?) (¿y es ese realmente un lugar tan malo para estar?)” (trad. Moira Pérez), *Revista Artemis*, vol. XX; ago-dez 2015, pp. 187-192.

13. *Diario de Sesiones...*, op. cit., p. 632.

reclama una perspectiva interseccional por parte de la Justicia y de las políticas públicas.¹⁴ Asimismo, la perspectiva de género se complejizó al entretener el análisis del género con las jerarquías sociales vinculadas al campo de la sexualidad,¹⁵ respondiendo a desarrollos del movimiento social y la academia LGBTI. A partir de la década del dos mil se comienza a hablar cada vez más de perspectiva de género y diversidad sexual, atendiendo a estos dos campos diferentes analíticamente pero estrechamente relacionados en las vivencias de las personas.

Las políticas públicas deben contemplar las desigualdades basadas en el género y en la orientación sexual a fin de a) remediar las injusticias materiales, culturales o políticas producidas por estos órdenes¹⁶ o b) eliminar la exacerbación de las desigualdades como consecuencia de las intervenciones públicas en diversas temáticas, porque el resultado intencional o no de la política pública puede ser alguna forma de desigualdad en materia de género o sexualidad.¹⁷

La perspectiva de género es una mirada específica e imprescindible acerca de las injusticias basadas en el género y sus relaciones causales

14. Esta perspectiva se desarrolló en el ámbito de los estudios legales críticos. Ver el artículo pionero de Crenshaw, Kimberlé, "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color", *Stanford Law Review*, vol. 43, n° 6, Palo Alto, 1991, pp. 1241-1299 y Viveros Vigoya, Mara y Gregorio Gil, Carmen, "Presentación. Sexualidades e interseccionalidad en América Latina, el Caribe y su diáspora", *Revista de Estudios Sociales* n° 49, 2014, pp. 9-16. Recientemente, la Corte IDH receptó la noción de interseccionalidad en el caso "Gonzales Lluy", en el cual declaró la responsabilidad internacional de Ecuador por diversas violaciones de derechos humanos cometidas por el contagio con VIH a Talía Gabriela Gonzales Lluy cuando tenía tres años de edad. La Corte determinó que en el caso confluieron, en forma interseccional, múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. Es decir que la discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente (Corte IDH, caso "Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 1 de septiembre de 2015).

15. Consultar, Maffia, Diana, "Introducción", en *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Buenos Aires, Feminaria, 2003, pp. 5-8.

16. Fraser, Nancy, *Escalas de justicia*, Barcelona, Herder, 2008.

17. Ver: Pecheny, Mario y De la Deheza, Rafael, "Sexualidades, Política e Estado na América Latina: elementos críticos a partir de um debate Sul-Sul", *Polis e Psique*, vol. 1, n° 3, Porto Alegre, UFRGS, 2012, pp. 26-64. Disponible en: <http://seer.ufrgs.br/index.php/PolisePsique/article/view/31525/25761> (último acceso: 15/08/2016).

con la política pública. La acción o la omisión del Estado siempre tienen un sesgo en relación con el género, es decir que reporta beneficios para algunos sujetos e impacta negativamente sobre otros en función de sus identidades o expresiones de género.¹⁸ La misma consideración hay que tener respecto de la sexualidad y las relaciones sociales jerárquicas que implica. Cuando se omite la perspectiva de género y diversidad sexual la política pública refuerza los privilegios de los grupos hegemónicos y acentúa las desventajas de los sujetos subordinados. Por eso los artículos 11 y 38, leídos en forma conjunta, señalan que es responsabilidad de la Ciudad garantizar la igualdad y la libertad de todos y todas, promover a través de sus políticas el pleno desarrollo de las personas y su efectiva participación en la vida política, económica y social y eliminar barreras basadas en el sexo, el género, la sexualidad, los caracteres físicos o la condición psicofísica de las personas.

SOBRE LAS TEMÁTICAS QUE LA CONSTITUCIÓN OBLIGA A ABORDAR

El segundo párrafo del artículo 38 establece una lista no taxativa de las temáticas a abordar para concretar la igualdad real entre los géneros. Este listado incluye la modificación de los patrones socioculturales estereotipados, la promoción de las responsabilidades familiares compartidas, la eliminación de la segregación y de toda forma de discriminación por estado civil o maternidad, la prevención de violencia física, psicológica y sexual contra las mujeres, entre otras.

Para comprender las variadas indicaciones para la política pública local incluidas en este párrafo debemos tener en cuenta la movilización social como generadora de cambios normativos e institucionales. Las demandas de los feminismos y los movimientos de mujeres —muchas de ellas inspiradas por los Encuentros Feministas Latinoa-

18. Sobre la consideración de la acción y de la omisión para un análisis de las políticas estatales en un campo problemático, ver O'Donnell, Guillermo y Oszlak, Oscar, "Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación", Revista *Redes*, 1995, pp. 99-128. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=90711285004> (último acceso: 15/08/2016).

americanos y del Caribe¹⁹ fueron incorporadas progresivamente en la agenda de foros y organismos internacionales donde se elaboraron diversos documentos y compromisos en materia de políticas públicas y género. La aceleración de este devenir se produce a partir de la década de 1970: 1975 fue declarado Año Internacional de la Mujer por Naciones Unidas y se celebró la Conferencia de la Mujer en Ciudad de México. Las conferencias temáticas posteriores se celebraron en Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995).²⁰ Asimismo, fueron relevantes como antecedente del texto constitucional los acuerdos alcanzados en las Conferencias sobre Derechos Humanos de Viena en 1993 y sobre Población y Desarrollo de El Cairo en 1994.

Los documentos oficiales producidos en cada oportunidad contienen directrices para los Estados que apuntan al desarrollo de políticas e instituciones que mejoren la situación relativa de las mujeres en diversos contextos. La participación de organizaciones de la sociedad civil preocupadas por los derechos de las mujeres, así como organizaciones feministas y LGBTI fue incrementándose en cada foro internacional. Además, debemos tener en cuenta que la movilización de los movimientos sociales focalizados en cuestiones de género, expresión de género y orientación sexual se fortaleció con los procesos re-democratizadores de nuestra región. El ámbito del sistema interamericano de derechos humanos constituye un escenario privilegiado donde se reflejan los esfuerzos de los gobiernos y de los movimientos sociales de la región para dar debates en torno a los asuntos de derechos humanos más acuciantes.

En definitiva, los compromisos específicos que asume la Ciudad en el segundo párrafo del artículo que comentamos están muy vinculados con las discusiones que tuvieron lugar en aquellos ámbitos trans-

19. Ver: Álvarez, Sonia E.; Friedman, Elisabeth Jay; Beckman, Ericka; Blackwell, Maylei; Stoltz Chinchilla, Norma; Lebon, Nathalie; Navarro, Marysa y Ríos Tobar, Marcela, "Encountering Latin American and Caribbean Feminisms", *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 28, n° 2 (Winter 2003), pp. 537-579.

20. Ver el Plan de Acción Mundial de México, disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/mexico.html>; el Programa de Acción de Copenhague, disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/copenhagen.html>; las Estrategias de Nairobi, disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/nairobi.html>; y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%2oS.pdf> (último acceso: 16/08/2016).

nacionales. Estos compromisos constituyen una agenda ambiciosa y desafiante para la política pública que recién comienza a ser abordada parcialmente con algunas leyes y programas locales.²¹

SOBRE LOS PLANES DE IGUALDAD

¿Qué es un plan de igualdad de oportunidades y de trato?

La segunda frase del primer párrafo del artículo 38 establece que la Ciudad elabora participativamente un Plan de Igualdad de Oportunidades y de trato entre varones y mujeres (en adelante PIO). Un plan de

21. A modo de ejemplo, mencionaremos las siguientes leyes locales. Sobre erradicación de estereotipos, la Ley N° 188, sancionada el 06/05/1999, estableció el premio Lola Mora para comunicadoras/es sociales y piezas de comunicación que promueven imágenes positivas de las mujeres; la Ley N° 474, que estableció un exhaustivo plan para promover la igualdad real de oportunidades y de trato entre varones y mujeres; la Ley N° 4376, sancionada el 15/11/2012, estableció lineamientos de política pública para el ejercicio de los derechos de las personas LGBTI. Sobre responsabilidades familiares compartidas e integración de las mujeres a la actividad productiva, la Ley N° 103, sancionada el 19/11/1998, creó el “Programa de Acciones positivas en favor de las Jefas de hogar y las mujeres embarazadas”; en 2005, la Encuesta Anual de Hogares incorporó dentro de sus contenidos el módulo correspondiente a la Encuesta de Uso del Tiempo de la Ciudad de Buenos Aires, de acuerdo a la Ley N° 1168, sancionada el 06/11/2003; la Ley N° 1892, sancionada el 06/12/2005, que crea el “Régimen de Inserción Laboral para la Mujer”; la Ley N° 3231, sancionada el 15/10/2009, sobre protección a la mujer embarazada bajo régimen de locación de Servicios; la Ley N° 4892, sancionada el 05/12/2013, que tiene por objeto impulsar acciones sobre la contribución que la economía del cuidado tiene en el funcionamiento del sistema económico y concientizar a la población sobre sus alcances. Sobre discriminación, la Ley N° 5261, sancionada el 09/04/2015 protege contra la discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad y expresión de género, estado civil y situación familiar, entre otras. Sobre adolescentes embarazadas, el Programa de Retención Escolar promueve la continuidad y permanencia de las y los adolescentes madres o padres y embarazadas en el sistema educativo. Sobre violencia contra las mujeres, la Ciudad creó programas de atención y promulgó diversas leyes y en 2012, mediante Ley N° 4203, adhirió a la Ley nacional N° 26485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales; y mediante la Ley N° 4343, sancionada el 01/11/2012, se establece que en los locales de indumentaria femenina estará disponible información sobre asistencia a mujeres víctimas de violencia de género en todas sus formas. Sobre protección a las víctimas de la explotación sexual, el Decreto N° 130/010 creó el “Comité de Lucha contra la Trata”. La Resolución 27/2011 de la Legislatura porteña creó el Parlamento de las Mujeres, integrado por organizaciones sociales que proponen una agenda legislativa con perspectiva de género.

este tipo es un programa público intersectorial que expresa la voluntad política de desarrollar remedios para las desventajas sistemáticas que afectan a determinados grupos sociales en virtud de su género. Según Guzmán y Todaro:

... los Planes de Igualdad de Oportunidades son un tipo particular de políticas de género cuyo propósito es afectar las distintas dimensiones de la discriminación: las estructurales, que se derivan de la división sexual del trabajo y de la posición de las mujeres en la familia, en el mercado y la vida política, y las de carácter cultural, derivadas de la imposición de determinados patrones de interpretación y de comunicación de la realidad social que se brinda a las mujeres.²²

En América Latina los PIO se han ocupado fundamentalmente de generar mecanismos para promover la situación de las mujeres. Sin embargo, esta herramienta también es apta para impulsar la equiparación de otros grupos oprimidos en función del género o las jerarquías basadas en la sexualidad tales como travestis, transgéneros, gays, lesbianas, bisexuales e intersex.²³

Los PIO funcionan como un marco orientador para las acciones gubernamentales, un mapa que guía a las políticas públicas hacia el fortalecimiento de la posición relativa de las mujeres y otros grupos a través de medidas simultáneas en distintos sectores tales como atención de la salud, educación, acceso a la justicia, acceso y disfrute del espacio público, participación política, trabajo (remunerado y no remunerado), entre muchas otras áreas de intervención estatal.

La adopción de PIO enfatiza la necesidad de operar desde diferentes sectores y niveles de la administración pública para promover la equidad entre los géneros. En efecto, debido a la concepción que lo sustenta y a su formato de “Plan marco”, el PIO necesariamente excede la noción de programa que implementa una dependencia en forma aislada. Por el contrario, es indispensable para su puesta en marcha la intervención articulada de varias instancias estatales diferentes en el abordaje de las causas estructurales de la desigualdad basada en el género. Tal como señala Rigat-Pflaum, la Plataforma de Acción de Beijing muestra:

22. Guzmán, Virginia y Todaro, Rosalba, “Plan de Igualdad de Oportunidades”, *Fempres*, número especial (noviembre), Santiago de Chile, 1998, p. 38.

23. Ver, por ejemplo, el Plan Interdepartamental para la no Discriminación de las Personas Homosexuales y Transexuales de Catalunya.

... las diferentes dimensiones de los problemas y desigualdades de género que son resultado de este carácter sistémico: simbólica, normativa, subjetiva y relacional. Se reconoce que ningún campo es neutral al género y que es necesario profundizar el análisis multicausal y la integralidad de la acción, y que el Estado es el responsable de hacerlo.²⁴

Para abordar la complejidad de la desigualdad de género desde la política pública es preciso, entonces, que el Estado ponga en acción varias estrategias simultáneas, desde diferentes áreas funcionales y temáticas.

La efectividad de los PIO depende de varios factores que conjugan tanto capacidades y recursos técnicos y presupuestarios de las dependencias a cargo como compromiso político por parte de los actores y actoras relevantes. Esta voluntad política se debe traducir en la asignación de recursos suficientes para la elaboración de nuevas políticas públicas, para adaptar aquellas que se encuentren vigentes a fin de que incorporen efectivamente la perspectiva de género, y para capacitar al personal estatal acerca de aspectos sensibles a la condición de género de las y los beneficiarias/os de diferentes políticas. Asimismo, es necesaria la construcción de un sistema de evaluación de la aplicación del PIO, que incluya la elaboración de indicadores y de estadísticas sensibles al género, así como la disponibilidad de herramientas de control ciudadano. Por último, el éxito del PIO también requiere de la difusión del mismo, a fin de que distintos grupos sociales utilicen, reclamen y creen las herramientas que el plan pone a su disposición.

El plan de igualdad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En 2000, la Legislatura porteña sancionó la Ley N° 474 que creó el Plan de Igualdad Real de Oportunidades y de Trato entre Mujeres y Varones en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.²⁵ Según el artículo 2, su objetivo es garantizar a las mujeres el pleno reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y garantías, y promover la igualdad real de oportunidades y de trato entre varones y mujeres, tal como lo establecen la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país.

24. Rigat-Pflaum, María, "Gender mainstreaming: un enfoque para la igualdad de género", *Revista Nueva Sociedad*, n° 218 (noviembre-diciembre), Buenos Aires, 2008, pp. 40-56.

25. Ley N° 474, sancionada el 05/08/2000, promulgada de hecho el 12/09/2000, publicada en el BOCBA N° 1030 del 19/09/2000.

La ley obliga al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a promover activamente la equidad entre mujeres y varones. Para ello, la Ciudad se compromete a incorporar la perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas y en la elaboración de todas las estadísticas y la información públicas. Este PIO, además, propone acciones y directrices en nueve áreas temáticas: derechos humanos; ciudadanía, poder y toma de decisiones; economía, trabajo; educación, ciencia y tecnología; cultura y medios de comunicación; salud; violencia y abuso contra las mujeres; grupos vulnerables y la ciudad y las mujeres.

Sin embargo, a 16 años de la creación de este plan poco se ha hecho para consolidarlo. En efecto, entre su sanción y hasta 2007 inclusive, la aplicación del PIO en la Ciudad de Buenos Aires consistió en la designación de referentes para el diseño de líneas de acción en cada Ministerio involucrado. Los avances registrados en este período son escasos y discontinuos. El PIO tuvo poca difusión dentro del aparato estatal porteño y hacia la sociedad civil. Los desarrollos en cada área dependieron del compromiso, la iniciativa y la capacidad de incidencia de la persona designada como referente. Si bien las organizaciones dedicadas a temas afines conocen la norma, no se establecieron resortes para reclamar su efectividad o formular pedidos o recomendaciones invocando sus disposiciones.

En 2008, el Jefe de Gobierno dictó el Decreto N° 181/08, que instruye “al Área Vicejefe de Gobierno y a todos los Ministerios y Secretarías del Poder Ejecutivo, a que implementen a través de medidas concretas en su ámbito de actuación, el Plan de Igualdad de Oportunidades entre Varones y Mujeres...” (artículo 1). Además, indica que el Ministerio de Desarrollo Social (actual Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat, del cual forma parte la Dirección General de la Mujer) debe suscribir anualmente Acuerdos de Gestión con el resto de los ministerios que conforman el Poder Ejecutivo, en los que se especifiquen las líneas en materia de género a desarrollar en cada área temática, según los programas planificados para cada año (artículo 2). Por último, se encomienda al mismo Ministerio la creación de un sistema de seguimiento y monitoreo que permita determinar el grado de cumplimiento de las iniciativas con enfoque de género y su impacto sobre la población meta (artículo 3).²⁶

26. Hasta 2011, los acuerdos con ministerios y los informes anuales sobre el PIO de la CABA podían ser consultados en el sitio web de la Dirección General de la Mujer. Luego

En otro trabajo analizamos las disposiciones de este decreto y señalamos los nudos críticos en su implementación entre los años 2008 y 2011.²⁷ Entre otras cosas, mencionamos la falta de un diagnóstico de la desigualdad estructural entre los géneros que permita establecer prioridades en las áreas de intervención y en las modalidades de la política pública; la falta de una planificación de líneas de acción intersectorial de mediano y largo plazo; la falta de articulación entre líneas de acción; la falta de previsión de un mecanismo de evaluación del cumplimiento del PIO. Y la falta de presupuestos sensibles al género para posibilitar la consecución de sus objetivos.²⁸

En los años posteriores y hasta la actualidad no hay información disponible sobre la aplicación del PIO en la ciudad. La falta de información accesible dificulta el control ciudadano sobre el cumplimiento de este plan.

de ese año, ninguna información al respecto se encuentra disponible en dicho sitio.

27. Moreno, Aluminé y Maffía, Diana, “Otros caminos hacia la igualdad: los Planes de Igualdad de Oportunidades y de Trato”, en Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Encuentro 20 años de la Convención Nacional Constituyente*, Buenos Aires, 2015, pp. 170-178. Disponible en: <http://es.calameo.com/read/0026823993dc4b03a0f8f> (último acceso: 15/08/2016).

28. Entre los años 2008 y 2011 integramos la Comisión Especial de Igualdad Real de Oportunidades y de Trato entre Varones y Mujeres, en el ámbito de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dicha Comisión, presidida por la diputada Diana Maffía, realizó un seguimiento de la aplicación de la Ley N° 474, recurriendo a fuentes tales como: visitas oficiales de la Directora General de la Mujer a la Comisión legislativa mencionada; copias de los acuerdos de gestión firmados entre el Ministerio de Desarrollo Social y otras dependencias y ministerios; informes trimestrales de avance de las líneas de acción acordadas; informes de gestión del PIO de la Dirección General de la Mujer; respuestas de esta Dirección a las observaciones de la Comisión Especial sobre las líneas de PIO; listado de líneas de acción acordadas por ministerios, subsecretarías y direcciones generales; seguimiento de la ejecución del presupuesto asignado al PIO para los años 2008 y 2009. Entre 2008 y 2011 los acuerdos con ministerios y los informes anuales sobre el PIO de la CABA estuvieron disponibles en el sitio de la Dirección General de la Mujer. Actualmente, dicha información ya no se encuentra en línea, tampoco datos de años posteriores. Algunos informes elaborados por la Comisión Especial mencionada se encuentran disponibles en: http://dianamaffia.com.ar/?page_id=11 (último acceso: 15/08/2016).

REFLEXIONES FINALES

A 20 años de la sanción de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, la distancia entre las promesas constitucionales referidas a la igualdad de género y la implementación de políticas públicas concretas es evidente.

La falta de compromiso y de voluntad política de los funcionarios y las funcionarias, la inexistencia de presupuestos sensibles al género y de personal técnico capacitado en políticas de equidad, son algunos de los factores que obstaculizan la incorporación de la perspectiva de género en las políticas y en las instituciones públicas de la ciudad. Sin embargo, no sólo es necesario fortalecer estas capacidades estatales, sino también generar herramientas y espacios de participación que permitan a la ciudadanía apropiarse del texto constitucional, traducirlo en prácticas cotidianas y hacerlo exigible. Además, en este proceso es imprescindible que los y las responsables de diseñar e implementar la política pública se tomen en serio los compromisos internacionales en materia de género y derechos humanos. La erradicación de las desigualdades relacionadas con la identidad y la expresión de género, la orientación sexual y otras manifestaciones de ciudadanía encarnada, forman parte ineludible del ambicioso proyecto democrático esbozado en la Constitución.

Capítulo Décimo Niños, niñas y adolescentes

Artículo 39

La Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y deben ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad. Cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes.

Se otorga prioridad dentro de las políticas públicas, a las destinadas a las niñas, niños y adolescentes, las que deben promover la contención en el núcleo familiar y asegurar:

- 1. La responsabilidad de la Ciudad respecto de los privados de su medio familiar, con cuidados alternativos a la institucionalización.**

2. El amparo a las víctimas de violencia y explotación sexual.
3. Las medidas para prevenir y eliminar su tráfico.

Una ley prevé la creación de un organismo especializado que promueva y articule las políticas para el sector, que cuente con unidades descentralizadas que ejecuten acciones con criterios interdisciplinarios y participación de los involucrados. Interviene necesariamente en las causas asistenciales.

LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

DE LA SITUACIÓN IRREGULAR A LOS NIÑOS SUJETOS DE DERECHO

Por Nora Schulman y Ana Ayuso

Desde fines del siglo XIX y durante la mayor parte del siglo XX, la legislación y la práctica, tanto a nivel nacional como internacional, contaban con una visión de la infancia desde la perspectiva del mundo adulto, se consideraba a la niñez como el futuro, como una inversión que debe realizarse.

En este sentido, había dos tipos de miradas hacia la infancia: aquellos niños que crecían en una familia con estabilidad económica, educativa y sentimental, y aquellos niños a los que era necesario “proteger” y “tutelar” por tener carencias o por entrar en las categorías instaladas en esa época: “abandonados materialmente”, “abandonados moralmente” o “en peligro moral”.¹

1. De acuerdo a las conceptualizaciones realizadas por el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente (organismo especializado en materia de niñez y adolescencia de la Organización de los Estados Americanos), niños abandonados materialmente son los huérfanos, expósitos, mayores de diez años abandonados o perdidos y aquellos sin medios de subsistencia por enfermedad, indigencia o arresto de sus padres. Niños abandonados materialmente son los que se encuentran en estado de vagancia y mendicidad habitual, los que por motivos de crueldad, abusos de autoridad, negligencia o explotación por parte de sus padres, tutores o guardadores son víctimas de malos tratos físicos habituales o castigos inmoderados, privados habitualmente de alimentos y de los cuidados indispensables a su salud, o empleados en ocupaciones prohibidas o

A partir de estas categorías se construyó la doctrina de la situación irregular, que fue el principio rector de las legislaciones tutelares que rigieron. En nuestro país, se materializó en la Ley de Patronato de Menores, N° 10903, dictada en el año 1919, que consolidó una institución creada para suplir o ejercer la patria potestad suspendida a los padres, actuando en su lugar como lo debería hacer un “buen padre de familia”. Se propone una ley “que erija a los gobiernos en padres de los hijos del pueblo, en preclaros guardianes del sagrado derecho de los niños a la vida...”²

Mediante la aplicación de la Ley de Patronato se legitima el encierro de los menores abandonados con el fin de “protegerlos” en algún hogar de beneficencia, donde quedaban bajo la tutela definitiva del Estado. La infancia abandonada y pasible de rondar los límites de la delincuencia genera el ámbito necesario para que el Estado se ocupe de su institucionalización mediante una intervención que busque “rescatarlos” de esa situación de carencia y desamparo, considerándolos un objeto de estudio y análisis, de vigilancia y cuidado.³ El objetivo de esta práctica estatal es cuidar a los menores de los padres que no pueden hacerse cargo de su desarrollo, separándolos de su familia y recluyéndolos en institutos para menores.

Las ideas que definen este paradigma tutelar son las siguientes:

a) Se marca una clara diferencia entre los “menores” y las “niñas, niños y adolescentes”.

contrarias a la moral. Los niños que se encuentran en peligro moral son los que tienen padres o madres condenados por más de tres años o que han sido condenados por delitos contra la honestidad, corrupción de menores u otro delito en perjuicio de alguno de sus hijos; los que viven en compañía de padres o madres que practican actos contrarios a la moral y buenas costumbres, faltan habitualmente de sus hogares o burlan la vigilancia de aquellos; los que se fugan sin causa legítima de sus domicilios y los que se encuentran vagando en las calles, mendigando; y aquellos cuyos padres, tutores o guardadores son delincuentes, personas viciosas o de mala vida que cometen delitos, reiteradas contravenciones o se entregan a la corrupción o prostitución, sea en la vía pública o en la casa que habiten, y los que viven de la prostitución ajena o del juego.

2. Iglesias, Susana *et al.*, *Un viaje a través de los espejos de los Congresos Panamericanos del Niño. El derecho a tener derecho*, Unicef, Instituto Interamericano del Niño, 1992, T. I, p. 72.

3. González, Fabio Adalberto, “Niñez y beneficencia: Un acercamiento a los discursos y las estrategias disciplinarias en torno a los niños abandonados en Buenos Aires de principios del siglo XX (1900-1930)”, en Moreno, José Luis, *La política social antes de la política social (caridad, beneficencia y política social en Buenos Aires, siglos XVII a XX)*, Buenos Aires, Prometeo, 2000, pp. 129-204.

b) Se considera a la niñez como un objeto de protección y no como un sujeto de derechos.

c) El Poder Judicial es quien tiene poder discrecional sobre la vida de estos menores y problemas vinculados con los niños en situación de riesgo, “patologizando” estas situaciones.

d) Se criminaliza la pobreza, al internar a los menores en instituciones que los privan de su libertad con la sola justificación de no poder afrontar materialmente los recursos necesarios para su supervivencia. Así, la internación y la privación de libertad son enmascaradas bajo un pretexto de protección.

e) En las prácticas judiciales en las que están involucrados estos menores, no se toman todas las medidas correspondientes para reconocer las garantías penales y procesales y los límites de la intervención del Estado.

A nivel mundial, en 1924 la Sociedad de las Naciones redactó la Declaración de Ginebra y en el año 1945 la Carta de las Naciones Unidas invitó a los países a promover los derechos para todos. En relación con los niños, en 1959 se dictó la Declaración Universal de los Derechos del Niño en el marco de las Naciones Unidas.

La incorporación de los derechos de niñas, niños y adolescentes a la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene su raíz de origen y su principal símbolo rector en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), el documento que las Naciones Unidas aprobó en Asamblea General en 1989.⁴ En Argentina se sancionó la Ley nacional N° 23849 en 1990, y en 1994 fue incorporada en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, dentro del complejo de Tratados Internacionales de derechos humanos que adquirieron jerarquía constitucional en el proceso de reforma a la Carta Magna. A partir de ese momento, fue paulatinamente incorporada en algunas legislacio-

4. A este Tratado Internacional de Derechos Humanos es necesario agregar como instrumentos jurídicos importantes relacionados con el tema las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, o Reglas de Beijing, aprobadas por Asamblea de Naciones Unidas en Noviembre de 1985; las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad de 1990; y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de RIAD, también aprobadas en 1990.

nes provinciales (Mendoza,⁵ Chubut,⁶ Ciudad de Buenos Aires,⁷ Neuquén⁸ y Misiones,⁹ entre otras).

La CIDN es el único Tratado Internacional de Derechos Humanos que incluye tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, e implica una nueva mirada sobre la infancia, una nueva ética y un cambio de paradigma en relación con el tema. En su articulado establece las relaciones entre la infancia, el Estado, la familia y la escuela, que se estructuran a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos. Su contenido tiende a mantener una relación respetuosa entre el niño y su familia, indicando que las políticas públicas desarrolladas por los Estados son las que deben responsabilizarse por una protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, pero a su vez limita la función interventora del Estado en las situaciones en las que la familia y la sociedad no pueden dar respuesta. Esta perspectiva encara de forma diferente las políticas estatales en materia de infancia y pone el eje en el interés superior del niño y el rol que cumple en el mundo en que se desenvuelve.

El artículo 1 de la CIDN establece que serán considerados sujetos las personas menores de dieciocho años de edad, salvo que las legislaciones propias de su país regulen que la mayoría de edad se alcanza antes de ese momento. En Argentina, de acuerdo al Código Civil vigente en ese momento, la mayoría de edad se alcanzaba a los veintiún años. A partir de la sanción de la Ley N° 26579 en diciembre de 2009, se estableció que una persona alcanzaba la mayoría de edad una vez cumplidos los dieciocho años. De esta manera, se realizó una adecuación congruente entre las legislaciones nacionales y los Tratados Internacionales.

Este nuevo paradigma presentado por la CIDN, basado en la *doctrina de la protección integral de derechos* considera a las niñas, niños y adolescentes como “sujetos plenos de derechos”. Esto significa considerarlos ciudadanos, merecedores de respeto, dignidad y libertad en el marco de los postulados impuestos en la CIDN, y a pensar en una

5. Ley N° 6354 de noviembre de 1995.

6. Ley N° 4347 de diciembre de 1997.

7. Ley N° 114 de diciembre de 1998.

8. Ley N° 2302 de diciembre de 1999.

9. Ley N° 3820 de marzo de 2001.

concepción diferente, que transforme el concepto de niño como objeto pasivo en sujeto de derechos.

El artículo 39 de la Constitución de la CABA recoge los principales lineamientos que provienen de la CIDN y los plasma con vistas a ser considerados como una plataforma desde la cual se desarrollarán los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la Ciudad.

Es importante mencionar que la Constitución sigue los principios del nuevo paradigma, “garantizando su protección integral como sujetos activos de derechos”:

- *Una nueva mirada sobre las niñas, niños y adolescentes*: cambia el espíritu compasivo y de beneficencia por el de protección de derechos. No se protege a los niños con una mirada tutelar, sino que se les garantiza el acceso y el cumplimiento de todos sus derechos.
- *Un enfoque de derechos*: está centrado en las condiciones que rodean a las niñas y niños, en particular omisiones y obstáculos de las políticas públicas y las acciones de otros actores, identificando responsables de estas omisiones y obstáculos. Esto tiene que verse reflejado en las posibilidades de acceder a las políticas públicas universales y a las intervenciones técnicas destinadas a remover obstáculos, promover la corresponsabilidad y permitir el ingreso de todas y todos en los distintos ámbitos de inclusión social. En este esquema el Estado es el garante primario, que debe garantizar el cumplimiento de sus derechos.
- *El concepto del niño como sujeto de derechos*: categoría de “ciudadano” con derechos de ciudadanía, por el solo hecho de ser persona en formación debe contar con posibilidades de acceder a todas las políticas públicas y con un plus de derechos por la minoría de edad, a los cuales se van sumando otros a medida que se agregue autonomía progresiva en su persona. Respondiendo a esta nueva concepción, Luigi Ferrajoli dice: “Es necesaria una nueva cultura basada en la percepción de una infancia ciudadana y de un futuro, como futuro de género humano”.
- *El concepto de “interés superior del niño”*: entendido como el cumplimiento efectivo de todos los derechos de ciudadano, estableciendo mecanismos y garantías para su cumplimiento. En la aplicación, cuando exista un conflicto entre los derechos y

los intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

- *El derecho a ser oído y a la participación:* acostumbrados como estamos a la concepción tutelar de niño/objeto, que no sabe, no puede, no habla, este derecho es uno de los más resistidos en su cumplimiento. Se nos hace difícil pensar y actuar en consonancia frente a una niña o un niño que se hace oír, que cuestiona, que exige que se cumplan sus derechos, que opina y participa.¹⁰
- Por último, un concepto interesante: las políticas públicas que desarrolle la Ciudad en materia de derechos del niño deben *promover la contención en el núcleo familiar*, es decir que se pone el eje en la revalorización del rol de las familias. No será posible mejorar la vida de las niñas, niños y adolescentes sin un debido acompañamiento en el desarrollo a los adultos de su familia con fines de afianzar su función educativa y social. La familia, tanto la nuclear como la extensa, debe ser entendida como recurso, no sólo como portadora de problemas y, por ende, debe ser ayudada a cumplir con sus funciones de crianza y protección, y así hacer posible el derecho de las niñas, niños y adolescentes a crecer en el ámbito de su familia y a ser apoyados dentro de ella. Para cumplir con este objetivo es necesario promover y fortalecer alianzas con las familias, procurar trabajar con las potencialidades que ellas tienen, alentar a que asuman sus responsabilidades y tomen sus propias decisiones en el marco del respeto y la protección de sus miembros más vulnerables.

El avance en esta perspectiva de protección integral de derechos nos obliga a tener presentes las importantes transformaciones acontecidas en las últimas décadas en la dinámica y estructura de las familias, así como el deterioro de muchas de sus capacidades producto de la pobreza y la desigualdad sociocultural. Es por ello que la adecuación de los programas e intervenciones pueden asumir esa complejidad a la hora de fortalecer las funciones de las familias en la crianza y protección de las niñas, niños y adolescentes.

10. Valga un ejemplo de la vida cotidiana: una mamá lleva a su hijo de siete u ocho años al médico. El profesional de la salud le pregunta a la mamá qué le pasa al niño, o qué le duele, y si el niño intenta explicarlo, la respuesta, en la mayoría de los casos, es: “dejá a tu mamá que me cuente, que ella es grande y sabe lo que te pasa”.

Incorporar una perspectiva de derechos en el diseño y la implementación de políticas públicas universales e integrales implica que consideremos a los destinatarios de ellas no como beneficiarios de la compasión estatal, sino como titulares de derechos, quienes tienen el poder de exigir del Estado ciertos comportamientos.

Las políticas públicas con enfoque de derechos constituyen acciones y estrategias para promover y hacer efectivos los derechos, basadas en obligaciones que los Estados contrajeron a través de normas y tratados de derechos humanos. Implican, a su vez, la definición participativa de los principales problemas y necesidades por parte de la población. Si las entendemos así, estas políticas contemplan, tanto en su formulación como en la implementación y el monitoreo, los siguientes principios: participación, equidad, sostenibilidad, inclusión y trabajo multisectorial.

En el artículo 39 también se hace referencia a la protección de niñas, niños y adolescentes ante la violencia, la explotación sexual y el tráfico. Esta incorporación resulta de avanzada en comparación con el resto de las constituciones del país, dado que la temática sobre explotación y tráfico recién estaba instalándose a nivel internacional¹¹ pero no estaba desarrollada o visibilizada en nuestro ámbito.¹² Se incluye dentro de la categoría de explotación sexual comercial: la pornografía, la prostitución, el tráfico de niños y niñas con fines sexuales¹³ y el turismo sexual.¹⁴ Es destacable esta incorporación, en especial teniendo

11. En 1996 se realizó el primer Congreso contra la Explotación Sexual Infantil en Estocolmo, Suecia.

12. Declaración y Agenda para la Acción del Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, Estocolmo, Suecia, 27 al 31 de agosto de 1996. En ese momento se definió de esta forma: “La Explotación Sexual Comercial Infantil es una violación fundamental de los derechos de la niñez. Abarca el abuso sexual por parte del adulto, y remuneración en dinero o en especie para el niño(a) o para una tercera persona o personas. El niño(a) es tratado como objeto sexual y como mercancía. La explotación sexual comercial de la niñez constituye una forma de coerción y violencia contra esta, equivale al trabajo forzado y constituye una forma contemporánea de esclavitud”.

13. Documento preliminar. Congreso Mundial contra la Explotación Sexual, 1996, citado en: Instituto Interamericano del Niño, *Violencia y Explotación Sexual contra niños y niñas en América Latina y el Caribe*, Montevideo, OEA, 2000, p. 29.

14. Declaración y Agenda para la Acción del Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, Estocolmo, 27 al 31 de agosto de 1996.

en cuenta que incorpora, al menos tangencialmente, la perspectiva de género, cuestión que no fue abarcada en muchas de las legislaciones por no tener referencias nacionales ni internacionales sobre el tema.

De acuerdo a la Organización Internacional del Trabajo la explotación sexual comercial infantil es: “la explotación por un adulto de un niño, niña o adolescente, menor de 18 años, acompañada del pago en efectivo o en especie al niño, niña o adolescente, o a un tercero o terceros”.¹⁵ Es considerada:

... una grave violación de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, y una forma de explotación económica análoga a la esclavitud y al trabajo forzoso, que constituye además un delito por parte de los que utilizan a niñas, niños y adolescentes para el comercio sexual.¹⁶

Dos años después de la sanción de la Constitución de la CABA, el 3 de diciembre de 1998, la Legislatura de la Ciudad promulgó la Ley N° 114, que tiene por objeto la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. En su primer artículo, establece que la ley deberá entenderse como complementaria de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en los que el Estado Argentino sea parte y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En la sesión de aprobación de dicha ley se respetan los lineamientos del artículo 39 de la Constitución, al establecer:

Que los fundamentos que acompañan el espíritu de esta Ley se apoyan en las ideas fuerza que recorren el contenido de la Convención, que son:

- a) la consideración del niño, la niña y el adolescente como sujetos plenos de derecho, merecedores de respeto, dignidad y libertad, abandonando, con este enfoque, el concepto del niño como objeto pasivo de intervención por parte de la familia, la sociedad y el Estado;
- b) la consideración de los niños como personas con necesidad de cuidados especiales, lo que supone que, por estar en condiciones particulares por su etapa en desarrollo, además de todos los derechos que poseen los adultos, los niños/as tienen derechos especiales.¹⁷

15. Disponible en: <http://www.ilo.org/ipec/areas/CSEC/lang--es/index.htm>

16. Ídem.

17. Versión taquigráfica del Acta de la 32° Sesión Ordinaria - 3 de diciembre de 1998, Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En su primera parte, la Ley N° 114 enumera los derechos y garantías que les reconoce a las niñas, niños y adolescentes teniendo como principio rector el interés superior del niño, que será considerado como primordial en las decisiones de la Administración, del Poder Judicial y del Poder Legislativo. Estas decisiones tenderán a propiciar el tratamiento de la infancia en virtud de su participación social garantizando todas las oportunidades para su el desarrollo físico, psíquico, espiritual y social, en condiciones de libertad, igualdad y dignidad.¹⁸ Entre ellos: derecho a la vida, a la libertad, a la dignidad, identidad y al respeto;¹⁹ garantías procesales;²⁰ derecho a la salud;²¹ derecho a la convivencia familiar;²² derecho a la educación;²³ derecho a la recreación, al descanso y a la integración;²⁴ derecho a la no explotación²⁵ y derecho a la libre expresión, a ser escuchado y que sus opiniones sean tenidas en cuenta.²⁶

A su vez, la Ley N° 114 instituye los lineamientos que deberá seguir la Ciudad en relación a las políticas públicas de infancia²⁷ y enumera las medidas de protección especial de derechos.²⁸ La vulneración u omisión de un derecho en el ámbito público o privado nos obliga a todos los actores involucrados (Estado, comunidad, familias y organizaciones de la sociedad civil) a crear las estrategias adecuadas para restituir ese derecho vulnerado. En el caso de la Administración de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estas estrategias se canalizan a través de sus propios servicios barriales, escuelas, hospitales y centros comunitarios.

En los artículos siguientes se crea el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, que actúa como autoridad de aplicación

18. Artículo 4, Ley N° 114 CABA.

19. Artículo 10, Ley N° 114 CABA.

20. Artículo 11, Ley N° 114 CABA.

21. Artículos 22, 23 y 24, Ley N° 114 CABA.

22. Artículos 25, 26, Ley N° 114 CABA.

23. Artículos 27, 28, 29, Ley N° 114 CABA.

24. Artículos 30, 31, Ley N° 114 CABA.

25. Artículo 32, Ley N° 114 CABA.

26. Artículo 33, Ley N° 114 CABA.

27. Título III, Capítulo Primero, Ley N° 114 CABA.

28. Título III, Capítulo Segundo, Ley N° 114 CABA.

de la ley, al ser el organismo especializado con autonomía administrativa y autarquía financiera que funciona en el área de la Jefatura de Gobierno y que estará a cargo del diseño de las políticas públicas dirigidas a la infancia.²⁹ A continuación, la ley plasma el diagrama de las Defensorías Zonales de Protección de Derechos,³⁰ que deberán estar integradas por un equipo interdisciplinario y serán las encargadas de “ejecutar las políticas públicas específicas, implementando acciones con criterios interdisciplinarios y con participación de los sectores sociales”.³¹

De acuerdo a los fundamentos de creación de la Ley N° 114:

... [la] creación de organismos descentralizados comunales, las Defensorías, intentan ser un sistema articulado entre distintas instancias institucionales y la sociedad civil para actuar en la promoción y defensa de los derechos de la infancia y adolescencia.³²

En los mismos fundamentos se establece que “la participación de la comunidad en el desarrollo de acciones barriales, permite asegurar la pertinencia de estas desde la perspectiva sociocultural”,³³ además del beneficio que da la posibilidad de tener una relación cercana entre las soluciones que demandan las estrategias planificadas y la población a las que van dirigidas.

Se manifiesta que la existencia de un sistema articulado de defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes en los barrios permitirá, a través de un diagnóstico de las necesidades de la infancia, detectar las carencias sociales y coordinar los recursos institucionales, estatales y comunitarios existentes para enfrentarlos. Esto, unido al diseño local de una estrategia integrada de atención a los niños, servirá para optimizar los recursos existentes para el apoyo al niño y su familia y para la prevención y resolución de conflictos en el seno de la comunidad.

De esta forma, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante la redacción del artículo 39 y la especificación de la protección integral de

29. Título IV, Capítulo Primero, Ley N° 114 CABA.

30. Título IV, Capítulo Segundo, Ley N° 114 CABA.

31. Artículo 61, Ley N° 114 CABA.

32. Acta de la 32° Sesión Ordinaria - 3 de diciembre de 1998, Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Versión taquigráfica.

33. Ídem.

los derechos de niñas, niños y adolescentes a partir de la sanción de la Ley N° 114, se convirtió en uno de los referentes nacionales en materia de protección de derechos de la infancia. Este complejo de leyes y principios sirvió de ejemplo a seguir en las constituciones provinciales y en las leyes de infancia que fueron sancionadas con posterioridad.

Se han comenzado a diseñar los Sistemas de Protección Integral, en los que el Estado es el principal garante de las políticas públicas básicas universales y de las políticas de protección especial de derechos, y en los que la familia y la sociedad se colocan en un rol de corresponsabilidad en la promoción, protección y defensa de esos derechos que aseguren el cumplimiento efectivo de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes.

El Sistema de Protección Integral puede graficarse como una pirámide: su base es la planificación y el diseño de grandes líneas a nivel federal y sobre ella, se levantan tres instancias:

a) políticas públicas y programas que realizan provincias y municipios;

b) medidas de protección integral cuando falte el acceso a esas políticas;

c) medidas de excepción, como la separación del niño de su familia, que se adoptan en sede administrativa con control de legalidad en la Justicia.

La intervención del sistema judicial queda entonces limitada a conflictos jurídicos (civiles o penales), ya no para los problemas sociales, y la situación socioeconómica de chicos y chicas no puede justificar por sí sola que sean separados de su grupo familiar. Los organismos administrativos del Estado son, desde ahora, los responsables de atender asuntos sociales, con nuestra participación desde la sociedad civil.

En esta línea, el sistema de protección integral está formado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan intersectorialmente las políticas públicas de gestión estatal o privada –en todas las instancias: nacional, provincial y municipal– destinadas a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

El funcionamiento dinámico e interrelacionado de los tres niveles del Sistema de Protección Integral de Derechos –políticas públicas, medidas de protección integral y medidas de protección excepcional– debe verse a la luz de una novedad importante aportada por la ley: el mecanismo de exigibilidad. Esto quiere decir que una autoridad administrativa local, los particulares o las asociaciones civiles tienen la potestad de instar al área que corresponda, incluso ante la Justicia, a que adopte políticas, garantice acceso a programas y provea recursos necesarios.

Luego de un proceso de actualización de leyes provinciales relacionadas con la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes que tendían a contemplar los principios de la CIDN, y ante el reclamo tanto nacional como internacional, el Congreso argentino sancionó la Ley N° 26061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, en septiembre de 2005.

Dado el carácter federal de nuestro país, la ley respeta todos aquellos aspectos reservados a los ámbitos provinciales, como leyes procesales o la organización de Justicia especializada y autoridades administrativas de ejecución de políticas públicas locales de atención directa. Se trata de cuestiones que cada una de las provincias deben resolver en su legislación local, como ya muchas lo habían hecho al momento de la sanción de la ley nacional, en concordancia entre ellas.

Por ello, la ley nacional otorga un marco general que abarca las grandes normas y concepciones de fondo, pero las estrategias de protección deben ser necesariamente definidas por las provincias y la CABA, por cada municipio o localidad, en articulación entre el gobierno y la sociedad civil, cada uno desde la responsabilidad ineludible que le compete.

La Ley N° 26061 establece un catálogo de derechos que serán transversales en toda la ley y en las disposiciones que se lleven adelante tanto a nivel administrativo como judicial, y en los ámbitos públicos y privados. Los derechos y garantías de los sujetos protegidos en esta ley son de orden público, irrenunciable, interdependiente e inalienable.

Es decir *deben ser cumplidos* por todas y todos comenzando por el Estado y sus funcionarios, los operadores del sistema, los agentes judiciales, de educación y de salud, los agentes de seguridad, las familias

y cualquier adulto responsable para garantizar de esta manera que se cumplan los derechos de niñas, niños y adolescentes.

De acuerdo con este enfoque, la ley nacional y las leyes provinciales establecen reconocimiento de los derechos generales y especiales de niñas, niños y adolescentes por su condición de personas en desarrollo y de las garantías mínimas de procedimiento del Estado, el cual deberá atender al cumplimiento de las necesidades de ser oídos, de que su opinión sea tenida en cuenta, de ser asistidos por un letrado especializado, de participar activamente en cualquier proceso que lo involucre, de no ser discriminados y de recibir todos los beneficios que deba otorgarle el Estado para el cumplimiento de sus derechos.

Las instituciones, dentro de este marco ideológico, deben servir para *instituir*: incorporar los nuevos modelos de atención a niñas, niños y adolescentes para que puedan acceder a la ciudadanía e integrarse en condiciones de acceso igualitario para el cumplimiento de sus derechos.

Para consolidar la concepción sostenida por la *doctrina de la protección integral*, es necesario garantizar la interdependencia de los factores directamente relacionados con el bienestar infantil: educación, salud materno-infantil, nutrición, vivienda, etc., y su incidencia sobre los distintos aspectos del desarrollo infantil, como asimismo la complejidad del proceso de interacción del niño con su medioambiente.

En algunos sectores de la sociedad existen ámbitos en que los recursos son escasos, por eso es necesario llevar adelante acciones que puedan crear las condiciones económicas, sociales y culturales adecuadas para una protección integral efectiva. Las políticas de infancia son fundamentales para cumplir los parámetros establecidos por las legislaciones. Estas políticas deben coordinarse con las dirigidas a atender las necesidades y al fortalecimiento de las familias en las que los chicos se desarrollan.

Por otra parte, la prevención es crucial para responder a una protección real, mientras que la institucionalización y la adopción en la resolución del abandono son y deben ser consideradas como recursos extremos y de carácter excepcional.

La protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes demanda entonces una concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios, que involucra políticas, planes y programas de protección

de derechos, organismos administrativos y judiciales de protección de derechos, recursos económicos, procedimientos, medidas de protección de derechos y, sólo en casos especiales, medidas de protección excepcional de derechos.

Desde la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires hasta el momento, hubo numerosos avances en materia legislativa en la temática. Es necesario hacer una pequeña referencia sobre las novedades que se incorporaron a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por el Congreso de la Nación en octubre de 2014. Si bien no es cuestión específica del comentario pertinente al artículo 39, a los fines de reseñar algunas modificaciones que adoptan los principios de la CIDN, podemos mencionar, entre otras:

- Se considera menor de edad a la persona que no ha cumplido dieciocho años³⁴ y adolescente a los menores de edad que ya cumplieron los trece años.³⁵
- Incorpora el principio de autonomía progresiva, al establecer que las personas menores de edad pueden ejercer por sí actos que les son permitidos, que pueden tener asistencia letrada en casos de conflicto con sus intereses y que tienen derecho a ser oídos en todos los procesos judiciales que les conciernen o que tengan como eje una decisión sobre su persona.³⁶
- Entre los trece y dieciséis años les otorga aptitudes para decidir por sí mismos en tratamientos que no resulten invasivos ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida. Además, los adolescentes deberán prestar su consentimiento con asistencia de sus progenitores en tratamientos que comprometan su estado de salud, y desde los dieciséis años son considerados como adultos para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.³⁷
- Entre los principios sobre los que se debe basar la adopción y la responsabilidad parental se encuentra el interés superior del

34. Conforme artículo 25 del Código Civil y Comercial de la Nación.

35. Ídem.

36. Conforme artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación.

37. Ídem.

niño³⁸ y el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, lo cual vuelve obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.³⁹

- También en materia de adopción, el adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos.⁴⁰
- En la responsabilidad parental se debe tener en cuenta la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos y debe ser respetado el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.⁴¹

En lo que respecta a los derechos de niñas, niños y adolescentes tal como se dispusieron en la Constitución de CABA, hasta la actualidad se produjo un extenso proceso de adecuación al nuevo paradigma recogido de la CIDN. Este proceso se puede visualizar tanto a nivel nacional como en los cuerpos legislativos provinciales.

Sin embargo, el desafío de la implementación de todas las medidas que desarrollan estos instrumentos jurídicos está vigente. Existe una deuda con nuestra niñez y adolescencia en términos de ejecución plena de sus derechos. Los sistemas de protección integral diseñados en las leyes distan mucho de ser una realidad en varias provincias y aun deben ser puestos en ejercicio los principios rectores más importantes en materia de derechos del niño. Como lo establecen los niveles de responsabilidad de las leyes mencionadas, esta tarea sigue estando en manos de las familias, la sociedad y el Estado, a los fines de lograr cada día un mundo mejor para las niñas, niños y adolescentes que viven en nuestra ciudad y en nuestro país.

38. Conforme artículo 595 y 639 del Código Civil y Comercial de la Nación.

39. Conforme artículo 595 del Código Civil y Comercial de la Nación.

40. Conforme artículo 596 del Código Civil y Comercial de la Nación.

41. Conforme artículo 639 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Capítulo Undécimo

Juventud

Artículo 40

La Ciudad garantiza a la juventud la igualdad real de oportunidades y el goce de sus derechos a través de acciones positivas que faciliten su integral inserción política y social y aseguren, mediante procedimientos directos y eficaces, su participación en las decisiones que afecten al conjunto social o a su sector.

Promueve su acceso al empleo, vivienda, créditos y sistema de cobertura social.

Crea en el ámbito del Poder Ejecutivo y en las Comunas, áreas de gestión de políticas juveniles y asegura la integración de los jóvenes.

Promueve la creación y facilita el funcionamiento del Consejo de la Juventud, de carácter consultivo, honorario, plural e independiente de los poderes públicos.

INSERCIÓN POLÍTICA Y SOCIAL DE LA JUVENTUD

Por Marcelo Juan Segón

Esta norma constitucional está estructurada en cuatro párrafos, todos ellos atinentes a garantizar y hacer efectivo el goce de los derechos de los jóvenes bajo el paradigma de la igualdad real de oportunidades. Para ello, no sólo se encargó de que las autoridades implementen acciones positivas para lograr los propósitos que menciona (párrafos primero y segundo) sino que, además, dispuso la creación de órganos específicos en la materia, tanto en el ámbito interno del Poder Ejecutivo y de las Comunas (tercer párrafo) como por fuera de tales estructuras administrativas e independientes de cualquier poder público (cuarto párrafo relativo al Consejo de la Juventud).

Al respecto, cabe destacar que la mayoría de las Constituciones Provinciales dedican tratamiento expreso al sector de la juventud, sus derechos y garantías.¹ Empero, sólo la Ciudad Autónoma de Buenos Ai-

1. Constituciones provinciales de: Buenos Aires (artículo 36, inc. 3); Catamarca (artículo 65, cap. IV); Córdoba (artículo 26); Corrientes (artículo 42); Chaco (artículo 35, inc. 3); Chubut (artículo 28); Entre Ríos (artículo 18, segundo párrafo); Formosa

res –y como una herramienta novedosa en el Derecho Constitucional comparado de la República Argentina– ha consagrado constitucionalmente la creación de órganos específicos que atiendan la problemática de la juventud, cuyas características se abordarán más adelante.

Sentados estos aspectos preliminares y adentrándonos en la exégesis de esta disposición constitucional, podemos observar que de ella se desprende la clara intención de los convencionales constituyentes de reconocerle a los jóvenes que son ellos quienes están llamados a generar un cambio en la sociedad. Para ello, observando el lenguaje utilizado al momento de redactar esta norma, buscaron que cada una de las palabras empleadas dieran efecto y fuerza compatible con aquel propósito, que garantizaran fielmente su igualdad real y no sólo en términos formales. Esta igualdad real de oportunidades fue, entonces, su designio permanente, en consonancia con el nuevo paradigma que tuvo en cuenta pocos años antes la reforma de la Constitución Nacional² de superar permanentemente ese desigual punto de partida que tenían en la sociedad los jóvenes, es decir, aquellos cuya edad se sitúa entre la infancia y la edad adulta.³

Ciertamente, en la Convención Constituyente se destacó que existen los límites de edad a los efectos laborales y, por otra, la necesidad de una cierta formación y especialización de cara a la inserción del individuo en el campo del trabajo. De esta manera, aparece una etapa de formación y especialización entre la infancia y la edad adulta: nace pues, sociológicamente, la juventud como etapa de transición entre la infancia y la incorporación al mundo laboral.⁴

No es controvertido que uno de los objetivos de los principios generales de interpretación constitucional sea poner en práctica la inten-

(artículo 70); Jujuy (artículo 47); Neuquén (artículo 48); Río Negro (artículo 34); Salta (artículo 34); San Juan (artículo 55); San Luis (artículos 49 y 50); Santiago del Estero (artículo 32); Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (artículo 19) y Tucumán (artículo 40, inc. 4).

2. Carrió, María Elisa; Dromi, Roberto; Frías, Pedro; Gil Lavedra, Ricardo y Quiroga Lavié, Humberto, *Interpretando la Constitución*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994.

3. Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, Buenos Aires, Espasa, 22° edición, 2006.

4. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, T. II, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2016, p. 907.

ción de los autores del documento y, adicionalmente, la intención del pueblo al adoptarlo. Este propósito, conjuntamente con el fin general de cada disposición particular, debe por consiguiente ser tenido en cuenta constantemente.

Quizás una de las reglas más seguras de interpretación de esta cláusula constitucional sea tener presentes los deberes, garantías y derechos que consagra, con todas las luces y ayuda de la historia contemporánea.

En este orden de ideas, se consideró necesario introducir una sección especial para la juventud y, en palabras del convencional constituyente Sr. Santa María, para que no constituya sólo la reserva para el futuro de la sociedad, sino que esté integrada y participe en forma activa en las tareas y responsabilidades que nos exige el presente, que por su problemática y expectativa son de carácter social, diferenciados y de gran gravitación para el futuro inmediato y mediato de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.⁵ Santa María destacó que es importante dar un respaldo a la juventud para que se adapte a este nuevo mundo globalizado, interdependiente, competitivo y cada vez más profesional.

La inserción política y social de los jóvenes que menciona la norma tiene un amplio significado, pues nos habla de una problemática que abarca diversos aspectos de la vida, cuyas acciones positivas en adelante las deberá llevar el Estado, para que cuenten con iguales y reales oportunidades en cuanto a la inserción en la vida política y social.

Esta disposición debe ser objeto de una interpretación práctica y sus palabras deben tomarse en sentido amplio, pues es apropiado entender que quienes elaboraron nuestra Constitución, hombres y mujeres cuyas intenciones no ocultaron, emplearon las palabras que más directa y apropiadamente expresaban sus ideas.

Así, es claro que el propósito de los constituyentes al elaborar esta cláusula abarcaba dos puntos centrales de los jóvenes: la educación y el mercado laboral, encontrándose ellos relacionados entre sí, así como con otros aspectos de su normal desarrollo en la sociedad.

De tal modo, el objetivo básico de la educación es la preparación para la inserción laboral. Esas necesidades sociales que tienen los jóve-

5. *Ibidem*, p. 905.

nes están conectadas con la preparación para insertarse en el mundo del trabajo; básicamente, crear, pensar, ser eficaz y competente.⁶

No debemos olvidar que para lograr esa inserción social se ha considerado a la educación como motor real de la igualdad de oportunidades y como instrumento esencial del Estado.

El desarrollo constitucional que se propende resulta así de vital importancia para la sociedad, y se llevará a cabo mediante la implementación de políticas y acciones dirigidas a la juventud, a efectos de brindarles posibilidades de formación, capacitación y experiencia laboral que le faciliten su inserción en el mercado de trabajo.

Por ello, estimaron que es fundamental que las políticas de gobierno estén orientadas a promover que los jóvenes accedan al empleo, vivienda, créditos y sistema de cobertura social, circunstancias sociales que los convencionales constituyentes creyeron necesario incluir en el texto constitucional como políticas permanentes de las autoridades.

Es que los convencionales advirtieron que no ha existido una política institucional seria y continuada que de manera permanente haya brindado respuestas a la problemática de la juventud y, por tanto, era un objetivo impostergable de la Convención brindar el marco institucional que permitiera dar esas respuestas.

Resulta importante también la inclusión en el texto constitucional de la participación de los jóvenes en las decisiones que afecten al conjunto social o a su sector. Esas decisiones que provendrán entonces del sector público, deberán implementar políticas y acciones dirigidas a la juventud, a efectos de brindarle posibilidades de formación, capacitación y experiencia laboral que faciliten su inserción laboral.

También esa participación de los jóvenes debe ser una de las prioridades de las autoridades públicas al llevar adelante políticas que propendan a mejorar los estándares de prestación de los servicios de la Administración Pública a los habitantes de la Ciudad.

De este modo, dicha inclusión laboral incluye las iniciativas que se implementen en la Ciudad de Buenos Aires de cara a incentivar la inserción de jóvenes al servicio público.

No escapa a este comentario de la norma que su texto dispone crear, en el ámbito del Poder Ejecutivo y en las Comunas, áreas de

6. Ídem.

gestión de políticas juveniles y asegurar la integración de los jóvenes. De tal manera, se dejan abiertos diferentes y posibles desarrollos constitucionales a través de las políticas integrales que contribuyan a la modernización e inserción de esas generaciones dentro de la organización de la Administración, con miras a brindar a los ciudadanos servicios de mejor y mayor calidad.

Aquí, las autoridades deberán dentro de sus funciones formular e implementar programas destinados al desarrollo profesional de los jóvenes en el ámbito de las competencias de las distintas áreas de la Administración. Ese desarrollo constitucional que efectuarán los poderes constituidos podrá consistir en la implementación de programas de detección, incorporación y capacitación de jóvenes, y permitirles asistir a las áreas de gobierno en atención a la valiosa colaboración y experiencia que ellos aporten.

La norma constitucional también prevé en su último párrafo que la Ciudad promueve la creación y facilita el funcionamiento del Consejo de la Juventud, de carácter consultivo, honorario, plural e independiente de los poderes públicos.

Ese Consejo será un ente de representación de los jóvenes, con el carácter, derechos y obligaciones de las personas jurídicas de derecho público, el cual ajustará su funcionamiento y composición a las disposiciones que la reglamenten.

Es importante señalar que el convencional constituyente ha determinado cuáles deben ser las características de ese organismo, sin precisar el contenido de cada una de ellas. Considero que ello fue apropiado, pues la Constitución es, en términos generales, un instrumento de gobierno hecho y adoptado por el pueblo de la Ciudad para finalidades prácticas. La Constitución utiliza un lenguaje general para definir las características del Consejo dejando a la Legislatura su especificación minuciosa para realizar los objetos legítimos de la Carta Fundamental.

Dentro de esas características señala que tendrá carácter consultivo, de modo que su misión consistirá en proponer políticas de juventud, dentro de lo cual podrá incluirse el seguimiento y colaboración en la ejecución de políticas relativas a los jóvenes en el ámbito de la Ciudad. Por lo tanto, el Consejo de la Juventud deberá ser oído y consultado por quienes gobiernen.

Del mismo modo, existen otros órganos consultivos cuya creación la Constitución ha previsto, tales como el Consejo de Planeamiento Estratégico (artículo 19), el Consejo General de Salud (artículo 21), el Consejo de Seguridad y Prevención del Delito (artículo 35), y los organismos que cada comuna debe crear (artículo 131).

También se le otorga a ese organismo el carácter de honorario, por lo que puede entenderse que sus tareas no generarán derechos en materia económica. En tal sentido, la regla será que ningún representante de las organizaciones miembros del Consejo de la Juventud podrá percibir dietas, viáticos y/o remuneración alguna por su tarea en ese Consejo. En un criterio más amplio, esta situación no generará derechos en materia económica, administrativa o laboral con el Consejo de la Juventud.

Esa misma característica la podemos encontrar en otros organismos que la Constitución de la Ciudad ordena crear. Así, le otorga carácter de honorario al Consejo General de Salud (artículo 21, inciso 9), al Consejo de Seguridad y Prevención del Delito (artículo 35, párrafo segundo) y a los organismos que cada comuna debe crear (artículo 131).

En cuanto al carácter plural que tendrá ese Consejo, entiendo que este término será considerado como el pluralismo o sistema por el cual se acepta o reconoce la pluralidad de doctrinas o posiciones.

Es que el objeto general de la Constitución debe ser constantemente tenido en cuenta y la redacción de cada disposición debe interpretarse con referencia a aquel propósito y en tanto le sirva. De tal modo, un sistema plural como el que se indica para el Consejo de la Juventud es aquel que acepta, reconoce y tolera la existencia de diferentes posiciones o pensamientos.

De tal manera, se les está reconociendo a los jóvenes con distintos pensamientos, ideas o visiones, el rol de movilizador social, garantizando su participación mediante procedimientos directos, para que asuman esa tarea en la construcción de la sociedad. En la esfera de la política, el pluralismo implica la participación de esos jóvenes en la vida democrática. Ello significa que el pluralismo valora y hasta promueve que sectores de jóvenes con diferentes ideologías formen parte de la toma de decisiones de un gobierno.

Para ello, la norma constitucional ha previsto dos ámbitos de participación de los jóvenes; uno dentro de la esfera de actuación del

Poder Ejecutivo y en las comunas, mediante estructuras específicas que promuevan y aseguren esa participación; y otro, desde fuera del ámbito gubernamental, con el Consejo de la Juventud, donde se generará un ámbito de consensos y de participación de los jóvenes a través de sus organizaciones, para que en forma consultiva también participen de todas aquellas decisiones que los afectan y de las que hacen al conjunto de la sociedad.

Ese Consejo actuará fuera del ámbito gubernamental y será, según dispone la norma, independiente de los poderes públicos, de modo que su accionar no estará ligado ni dependerá, de modo alguno, de ninguna autoridad pública de la Ciudad.

Se trata entonces de un órgano que estará integrado por organizaciones que tengan por objeto la promoción de los derechos de la juventud o que incluyan la temática juvenil. Ellos integrarán ese Consejo independiente del poder público, que no podrá considerarse ni política ni administrativamente como parte de las ramas del poder público.

Esta característica de órgano independiente la podemos encontrar también concretada en la Defensoría del Pueblo, que es un “órgano (...) independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que no recibe instrucciones de ninguna autoridad” (artículo 137).

Respecto de las funciones del Consejo de la Juventud, podrán ser de las más variadas y quedarán definidas por la reglamentación. Esas funciones, que serán desarrolladas por los poderes constituidos, podrán consistir en: implementar herramientas para favorecer la participación juvenil; generar ámbitos de intercambio de informaciones y/o experiencias entre distintas asociaciones juveniles; facilitar la formación de nuevas asociaciones de jóvenes; actuar como interlocutor ante organismos públicos y privados respecto de asuntos concernientes a su interés; asesorar a los jóvenes sobre sus derechos y garantías; generar propuestas, recomendaciones e investigaciones referentes a sus objetivos para una mejora y capacitación permanente de los jóvenes; recibir sus quejas y reclamos e implementar mecanismos eficaces para la defensa de sus derechos; definir la política del organismo; fomentar la participación social de los jóvenes para el ejercicio pleno de la ciudadanía, y todas aquellas atribuciones que propendan a mejorar la calidad de vida de los jóvenes. También se podrán incluir la labor de realizar estudios y proyectos sobre temas tales como salud, empleo,

educación, cultura, desarrollo social, vivienda, medio ambiente, deporte, turismo, recreación, derechos humanos y demás materias concernientes a sus derechos.

En este orden de ideas, será el legislador quien determine la estructura y marco de funcionamiento del Consejo para coadyuvar armónicamente con el funcionamiento del Estado.

Este órgano será identificado y caracterizado tanto por su diferenciada actividad funcional, como por su separación frente a las demás instituciones que hacen parte de la estructura del Estado.

En suma, los convencionales constituyentes se hicieron cargo de los derechos de la juventud y, específicamente, de los problemas atinentes al acceso al empleo, a la vivienda, al crédito y al sistema de cobertura social, al determinar que la Ciudad deberá promover políticas a fin de remover los obstáculos e implementar las políticas necesarias para afrontar tales cuestiones, de carácter permanente.

Debido a que esa norma reviste carácter programático y tiende a hacer efectiva la garantía de igualdad real de oportunidades para los jóvenes, el Estado asumirá la obligación de desarrollar políticas que garanticen los derechos reconocidos en la norma y de adoptar medidas eficaces a dicho fin. Esas acciones que le impone se denominan *medidas de acción positiva*.

Ello encuentra concordancia con el mandato constitucional nacional relativo a implementar acciones positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos (artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional), aplicable –respecto de la norma en estudio– al sector de los jóvenes en el ámbito de la Ciudad.

Quedó claramente establecido, entonces, que la Constitución de la Ciudad estimó necesario favorecer a determinadas personas o grupos sociales de jóvenes, a fin de procurar y equilibrar la desigualdad en la que de hecho se encontraban. De tal modo, se introduce la teoría de la discriminación positiva o discriminación inversa, permitiendo conectar la igualdad formal con la igualdad real de oportunidades de los jóvenes en la sociedad.

Se concluye que esta norma recoge el concepto de que la regla de la igualdad no es absoluta y, por tanto, obliga a las autoridades

a actuar ante la desventaja de los jóvenes frente a la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que puedan presentarse y obstaculicen su normal desarrollo.

Capítulo Duodécimo Personas mayores

Artículo 41

La Ciudad garantiza a las personas mayores la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos. Vela por su protección y por su integración económica y sociocultural, y promueve la potencialidad de sus habilidades y experiencias. Para ello desarrolla políticas sociales que atienden sus necesidades específicas y elevan su calidad de vida; las ampara frente a situaciones de desprotección y brinda adecuado apoyo al grupo familiar para su cuidado, protección, seguridad y subsistencia; promueve alternativas a la institucionalización.

DERECHOS, LIBERTADES E IGUALDAD EN LA VEJEZ: UN NUEVO DESAFÍO DE LAS ACCIONES POSITIVAS

Por María Isolina Dabove

ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL: UN NUEVO ESCENARIO PARA LOS DERECHOS HUMANOS

El artículo 41 aborda una de las cuestiones más complejas del Derecho de este tiempo: el *viejismo* o discriminación por razón de edad, en el marco del capítulo 12, referido a las políticas especiales del Título II. Reconoce de manera explícita la situación de vulnerabilidad y desprotección en la cual hoy se encuentran los ancianos y prevé el desarrollo de acciones positivas, o políticas de acción afirmativa, con el fin de fortalecer la igualdad de oportunidades, las libertades y los derechos fundamentales de las personas mayores.

El sostenido envejecimiento poblacional, acelerado incluso desde mediados del siglo XX, ha provocado un peculiar escenario social denominado *multigeneracionismo*.¹ Se trata de un fenómeno demográfico *global*, ocasionado por el aumento de la esperanza de vida y el número creciente de personas que alcanzan los 60 años de edad y más, en todo el mundo.² Es también un fenómeno *complejo*, con incidencias importantes en el campo económico, social, político y jurídico. Pero además, discurre como un fenómeno *culturalmente ambivalente* a causa de los prejuicios negativos sobre la vejez, que genera, por ello, *consecuencias jurídicas* relevantes: la necesidad de nuevas respuestas que empoderen a los mayores e impidan el debilitamiento de su posición.³

Desde el punto de vista demográfico, la esperanza de vida creció notablemente en las últimas cinco décadas. El promedio mundial de vida de las mujeres ronda los 79 años y el de los varones ha llegado a los 73,⁴ la vejez se ha feminizado y su duración se ha extendido unos veinte años aproximadamente.⁵ En Argentina, durante 1960 el porcentaje de

1. Dabove, María Isolina, “Derecho y multigeneracionismo, o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez”, *Revista de Derecho de Familia*, N° 40, julio/agosto, 2008, pp. 39-54; “Elder Law: A Need that emerges in the course of life”, en *Ageing International*, September 2013, DOI 10.1007/s12126-013-9193-4.

2. Leeson, George W., “Prepared or Not, Latin America faces the Challenge of Aging. Current History”, en *Journal of Contemporary World Affairs*, 2011, Vol. 110, No. 733, pp. 75-80; “Future Ageing in Southeast Asia: demographic trends, human capital and health status”, *Older Persons in Southeast Asia*, Nurvidya and Ananta (eds.), Singapur, Institute of Southeast Asian Studies (ISEAS), 2009, pp. 47-67; y “Demography, politics and policy in Europe”, *Setting EU Priorities*, Ludow (ed.), Ponte de Lima, The European Strategy Forum, 2009, pp. 102-124.

3. Organización de las Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “Estimaciones y proyecciones de población a largo plazo 1950-2100”, disponible en: <http://www.cepal.org/es/estimaciones-proyecciones-poblacion-largo-plazo-1950-2100>; Organización Mundial de la Salud, “Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud”, Ginebra, 2015, pp. 17-79, disponible en: <http://www.who.int/topics/ageing/es/>

4. Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), “Censo 2010”, disponible en: http://www.indec.gov.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=2&id_tema_2=41&id_tema_3=135; ídem, “Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012”, pp. 9-19.

5. Ídem, “Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012”, Buenos Aires, 2014, pp. 9-19; y *Los derechos de los ancianos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002, pp. 79-110; Dabove, María Isolina, “La condición de la mujer anciana desde la perspectiva del derecho”, *Bioética y bioderecho*, N° 1, Rosario, FIIJ, 1996, pp. 49-54.

personas mayores de 60 años era de un 5,5%. En 1991, de casi un 8,9% y en 2010 alcanzó el 10,2%. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), entre 2015 y 2050 la población mundial de ancianos pasará de 900 millones a 2000 millones, lo que representa un aumento del 12% al 22%;⁶ en tanto que se prevé que a mediados de siglo los porcentajes demográficos de viejos y jóvenes sean, incluso, iguales.⁷

Sobre este escenario han surgido las llamadas sociedades multigeneracionales, caracterizadas por: a) la presencia simultánea de dos generaciones de personas envejecidas, no siempre vinculadas por lazos de parentesco; b) la coexistencia de cuatro generaciones de familia: bisabuelos, abuelos, padres e hijos; c) la convivencia familiar de dos generaciones sucesivas de personas mayores a 60 años: hijos de sesenta y tantos años con padres que han superado los ochenta.⁸

Por otra parte, en el plano económico, el envejecimiento multigeneracional se desenvuelve como un proceso de progresiva dependencia. Una de las pérdidas que los ancianos deben afrontar en este campo se vincula con el cese de sus actividades laborales lucrativas, a lo cual se suma la reducción de sus haberes por el acceso al sistema previsional y la obtención de jubilaciones y pensiones que, a corto plazo, no cubren sus requerimientos.⁹ Así, poco a poco las generaciones concurrentes tejen entre sí una compleja red distributiva de recursos que siempre termina afectando a la parte más débil de la cadena. Bisabuelos y abuelos con magras jubilaciones y pensiones. Hijos integrados al mercado de trabajo que subsidian a sus mayores. Nietos jóvenes, que se preparan para ello, cual carrera en posta.¹⁰

6. Organización Mundial de la Salud, “Envejecimiento y ciclo de vida”, disponible en: http://www.who.int/features/factfiles/ageing/ageing_facts/es/

7. Organización de las Naciones Unidas, “Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento 2002”, Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. Madrid, 8 a 12 de abril, disponible en: <http://social.un.org/index/Portals/o/ageing/documents/Fulltext-SP.pdf>

8. Dabove, María Isolina, “Derecho y multigeneracionismo”, *op. cit.*, pp. 39-54; “Elder Law: A need that emerges in the course of life”, *op. cit.*

9. Bellina Yrigoyen, Jorge, *La economía política de los fondos de pensiones*, Rosario, UCEL, 2004, p. 12.

10. Organización de las Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “El envejecimiento de la población latinoamericana: ¿hacia una relación de dependencia favorable?”, disponible en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/7152-envejecimiento-la-poblacion-latinoamericana-relacion->

La perspectiva cultural muestra asimismo que el multigeneracionismo bien puede ser entendido como una variante del multiculturalismo, del pluralismo político y del plurijuridicismo.¹¹ Cada generación esgrime en su haber una forma de entender la vida, códigos de convivencia y prácticas discursivas que les son propios, experiencias políticas diversas, memorias colectivas diferenciables entre sí y valores específicos, que interactúan, se “arrastran” de un grupo a otro, dialogan y compiten, sedimentan y estratifican, en un universo heterogéneo de significaciones.¹²

Sobre esta realidad social, el Derecho transcurre condicionado por los estereotipos, los prejuicios *viejistas* y el asistencialismo, minando así el lugar de los mayores como sujetos de derecho.¹³ Por lo tanto, no resulta extraño que las personas de edad avanzada vean debilitada su voluntad y padezcan situaciones reales de desprotección jurídica y de discriminación. Pero tampoco será infrecuente que sus vidas y sus

dependencia-favorable; Di Tullio Budassi, Rosana, “El derecho alimentario de los ancianos”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 38, 2008, pp. 64-82; Calvo Ortega, Rafael y García Calvente, Yolanda, *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, Pamplona, Thomson - Civitas, 2007; Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Derecho de la Ancianidad”, *Investigación y Docencia*, N° 20, pp. 35-40; Bazo, María Teresa, “La vejez como problema social”, *Sociedad y Población Anciana*, Murcia, Sánchez Vera (ed.), Universidad de Murcia, 1993, pp. 181-192; Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad”, *Investigación y Docencia*, 1995, N° 25, pp. 7-11.

11. Kymlika, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1995, pp. 23-87; Taylor, Charles, *El Multiculturalismo y “la política de reconocimiento”*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1993; Briones, Claudia, *La alteridad del “cuarto mundo”*, Buenos Aires, Colihue, 1998; Prieto Sanchís, Luis, “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial”, *Doxa*, N° 15-16, 1994, pp. 367-387; Geertz, Clifford, *Los usos de la diversidad*, Barcelona, Paidós, 2006; Sartori, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001; Yturbe, Corina de, *Multiculturalismo y derechos*, Ciudad de México, Instituto Federal Electoral, 2008, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/490/1.pdf>

12. De Souza Minayo, María Cecilia, “Visão antropológica do envelhecimento humano”, en *Velhices. Reflexões contemporâneas*, San Pablo, PUC-SP, 2006, pp. 47-59.

13. Respecto de la Teoría tridimensional del Derecho, puede verse: Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Buenos Aires, Depalma, 6° ed., 1987; Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; *Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, Zeus, 2007; y *Estrategia Jurídica*, Rosario, UNR Editora, 2011.

patrimonios resulten afectados negativamente por causa de las disfuncionalidades de un régimen jurídico diseñado para una realidad poblacional muy distinta a la que hoy se nos presenta.¹⁴

EL DERECHO DE LA VEJEZ: CONCEPTO Y ALCANCES

En la actualidad, el multigeneracionismo y la longevidad han dado lugar al nacimiento de una nueva rama jurídica llamada *Derecho de la vejez*, o Derecho de la ancianidad.¹⁵ Se trata de una especialidad transversal que estudia la condición jurídica de las personas mayores –de 60 años de edad o más– en el Derecho interno, regional e internacional. Trabaja en el reconocimiento de las situaciones de aminoración, vulnerabilidad, discriminación o abusos que puedan padecer las personas por el hecho de ser “viejas”. Aborda, además, las herramientas jurídicas que permiten intervenir y restituir legítimamente la autonomía, las libertades, la igualdad, la participación o la dignidad dañada en el caso.¹⁶

El Derecho de la vejez, en suma, comprende el estudio de los principios y reglas, institutos, relaciones jurídicas, derechos y obligaciones, tanto como de los sistemas de protección, las garantías y el control de constitucionalidad y convencionalidad, en cuanto se vinculan con el fenómeno demográfico del envejecimiento y de la vejez de cada persona particular.¹⁷

14. Acerca de la discusión en torno a las distintas acepciones de la vejez, puede consultarse: Dabove, M. I., *Los derechos de los ancianos*, op. cit., pp. 103-110.

15. Dabove, María Isolina, *Los derechos de los ancianos*, op. cit., pp. 120-197; Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Derecho de la ancianidad, nueva especialidad jurídica”, en *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, Dabove, M. I. (dir.), Buenos Aires, Astrea, pp. 45-65.

16. Dabove, María Isolina, “De los derechos humanos al derecho de la vejez: acceso a la justicia y protección internacional”, en *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, op. cit., pp. 9-44.

17. Respecto al panorama del Derecho de la vejez en Argentina, puede consultarse básicamente: Dabove, M. I., *Los derechos de los ancianos*, op. cit., pp. 12-87; Dabove, María Isolina y Prunotto Laborde, Adolfo (dirs.), *Derecho de la ancianidad. Perspectiva interdisciplinaria*, Rosario, Juris, 2006; Dabove, María Isolina, “Ciudadanía y derechos fundamentales de las personas mayores: De las políticas gerontológicas al derecho de la vejez”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Córdoba*, Vol. 4, Nº 1, Nueva Serie II, 2013, pp. 19-36, disponible en: <http://www.derecho.>

Su desarrollo abarca cinco cuestiones principales¹⁸ vinculadas con los “Cinco principios a favor de las personas de edad” de Naciones Unidas:¹⁹

a. La persona mayor y su integridad jurídica, con especial consideración de la problemática de la discriminación por edad, la vulnerabilidad y su capacidad y su *autorrealización*.

b. Los derechos humanos de autonomía referidos a la *independencia*, la autodeterminación, la libertad y la propiedad en la vejez.

c. Los derechos humanos de *integración* vinculados a la familia, la inclusión social y la *participación* en todos los planos, incluido el ámbito político.

d. Los derechos sociales fundados en las exigencias de la igualdad material y los cuidados de las personas mayores.

e. Los sistemas de protección y garantías, en orden de asegurar la *dignidad* y el acceso a la Justicia de este grupo.²⁰

El artículo 41 de la Constitución de la CABA constituye una excelente plataforma normativa para el desarrollo de cada uno de los ejes del Derecho de la vejez ya que la Ciudad se compromete a: garantizar la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos; velar por su protección y por su integración económica y sociocultural; promover sus potencialidades, habilidades y experiencias; brindar

unc.edu.ar/revistas/revista-de-la-facultad-de-derecho/vol.-iv-no-1-nva.-serie-ii-2013/view; Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Derecho de la Ancianidad, nueva especialidad jurídica”, *op. cit.*, pp. 45-65. Sobre el Derecho de la vejez en el derecho comparado puede verse en particular: Frolik, Lawrence A. and Kaplan, Robert L., *Elder Law*, St. Paul, Thomson West, 3° ed., 2003; Dayton, Kimberley A., *Elder Law: Readings, Cases, and Materials*, Durham, NC, Carolina Academic Press, 4° ed., 2013; Dayton, Kimberley A. (ed.), *Comparative perspectives on adult guardianship*, Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2014.

18. Sobre la caracterización de los derechos humanos de autonomía, de participación y prestación o derechos sociales, puede consultarse la obra de Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990. Ver también: Dabove, M. I. y Prunotto Laborde, Alfonso (dirs.), *Derecho de la ancianidad. Perspectiva interdisciplinaria*, *op. cit.*

19. Documento adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1991, por Resolución 46/91, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1640>

20. Dabove, M. I., *Derechos humanos de las personas mayores*, *op. cit.*, pp. 9-44.

apoyo al grupo familiar para su cuidado, protección, seguridad y subsistencia, y ofrecer alternativas a la institucionalización.

PRECEDENTES NORMATIVOS INTERNACIONALES

El primer reconocimiento formal universal de la problemática gerontológica se realizó en 1982 a través de un documento simbólico: el “Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento” de Viena, aprobado por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas.²¹ Desde entonces, se fueron generando otros instrumentos relevantes que configuraron el llamado *soft law* de la vejez. Entre ellos, se destacan “Los cinco principios en favor de las personas de edad” de 1991, el “Segundo Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento” elaborado en Madrid en 2002, la “Declaración de Brasilia” de 2006 y la “Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores” de 2012.²²

Latinoamérica respondió a este proceso por dos vías: algunas nacionales y otras propias de la región. En el seno de cada país se comenzó a desarrollar legislación especial en la materia. Así, por ejemplo, Costa Rica aprobó la Ley de Protección Integral para la Persona Adulta Mayor N° 7935 en 1999. Brasil puso en marcha el Estatuto do Idoso (Ley N° 10741) en 2003. Chile promulgó la Ley N° 20427 en 2010, que modificó la Ley de Violencia Intrafamiliar, la Ley de Tribunales de Familia y el Código Penal para incluir el maltrato del adulto mayor. Argentina, a su vez, receptó la temática en la Constitución Nacional mediante el artículo 75, inciso 23 y, en esta Constitución, en el artículo comentado.

A nivel regional, América Latina impulsó la elaboración de la “Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores”, aprobada el 15 de junio de 2015 por la OEA, texto pionero en la materia.

21. Naciones Unidas, “Primera asamblea mundial de Viena sobre el envejecimiento de 1982”, disponible en: <http://www.un.org/es/development/devagenda/ageing.shtml>

22. Pochtar, Nora y Pszemiarower, Santiago R., *Personas adultas mayores y derechos humanos*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Secretaría de Derechos Humanos, 2011, pp. 21-96.

RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL: ALCANCE JURÍDICO DE LAS ACCIONES POSITIVAS

La protección internacional de los derechos humanos de las personas mayores se incardina asimismo con el paradigma postmoderno del Estado Constitucional y democrático de Derecho.²³ En este nuevo modelo, la Constitución y los tratados de derechos humanos admitidos en su haber se han convertido en los ejes fundantes de la organización de la vida jurídica.²⁴ Se ha reconocido su preeminencia en materia de fuentes²⁵ y su calidad de principios o mandatos de optimización, en el marco de los tratados del bloque de constitucionalidad (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional).²⁶ Se reforzó el sistema de control judicial de constitucionalidad y se instauraron nuevos mecanismos para el control de la convencionalidad de las leyes.²⁷ Se obligó a los jueces a asumir un protagonismo mayor en la determinación del

23. Amaya, Jorge Alejandro, *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 2015, pp. 1-25; ídem, *Democracia y minoría política*, Buenos Aires, Astrea, 2014; Midón, Mario A. R., *Control de convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2016, pp. 2-33; Cianciardo, Juan, *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos*, Ciudad de México, Porrúa, 2012.

24. Sagüés, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2016, pp. 7-41; Nino, Carlos S., *Fundamentos del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2013, pp. 44-53.

25. La Constitución que rige en el Estado constitucional de Derecho tiene atribuidos caracteres y asume ciertos roles que no necesariamente están presentes en las leyes supremas de los Estados de Derecho del siglo XIX. Al respecto, puede verse: Prieto Sanchís, Luis, *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002, p. 32.

26. Operan como normas elásticas que pueden aplicarse en grados diversos, según las exigencias de los casos concretos sometidos a juzgamiento, a diferencia de lo que ocurre con las reglas. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 82-87; Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 53; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 75-110; Dabove, M. I., y Barbero, D. O., "Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección: nuevas razones para la acción en favor de los derechos de los grupos vulnerables", *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Colegio de Escribanos, Rosario, 2009, pp. 13-46.

27. Amaya, Jorge A., *Control de constitucionalidad*, op. cit., pp. 1-25; Midón, Mario, *Control de convencionalidad*, op. cit., pp. 2-33.

contenido específico de lo jurídico,²⁸ tal como lo establece ahora el Código Civil y Comercial de la Nación.²⁹ Se “constitucionalizó también el propio derecho privado, en virtud del desarrollo de políticas de discriminación inversa o acciones positivas referidas a derechos y libertades de personas situadas en contextos vulnerables”.³⁰

Argentina consagró este modelo en 1994 con la reforma constitucional de la Nación. Sin embargo, este proceso se continuó en otras regiones federales, por ejemplo a través de la Ley Fundamental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que entró en vigencia en 1996.

El reconocimiento de los derechos de las personas mayores del artículo 41 de la Constitución de la CABA ha sido fruto de un largo proceso, cuyo epicentro ocurrió en el ámbito nacional.³¹ Un precedente

28. Chaumet, Mario y Meroi, Andrea, “¿Es el Derecho un juego de los jueces?”, *La Ley*, 18 de junio de 2008; Meroi, Andrea, “*Iura novit curia* y decisión imparcial”, *Ius et Praxis*, N° 2, Año 13, pp. 379-390.

29. Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “El capítulo ‘derecho’ en el Código Civil y Comercial”, *Investigación y Docencia*, N° 49, 2015, pp. 63-94. El artículo 1 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación señala ahora que: “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 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”.

30. Irti, Natalio, *La edad de la descodificación* (trad. L. Rojo Ajura), Barcelona, Bosch, 1992, p. 63. En igual sentido, ver: Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil* (trad. M. Gascón, con epílogo de G. Peces-Barba), Madrid, Trotta, 1995, p. 40. Ha expresado que “la ley, un tiempo medida de todas las cosas en el campo del Derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de mediación”; Dabove, María Isolina y Barbero, Daniel O., “Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección ...”, *op. cit.*; Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Líneas problemáticas del Derecho Civil de nuestro tiempo”, *Investigación y Docencia*, N° 42, 2009, pp. 9-28; Mantilla Espinosa, Fabricio, “La constitucionalización del Derecho Privado”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, 1° de febrero de 2007, pp. 245-262.

31. Dabove, María Isolina, “Las fuentes formales del derecho de la ancianidad. Aportes de los Derechos Humanos y la Bioética a la construcción de su autonomía formal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNR*, N° 16, 2001-2002, pp. 75-84; Dabove, María Isolina y Prunotto Laborde, Adolfo (dir.), *Derecho de la ancianidad*, *op. cit.* pp. 45-49; Novelli, Mariano H., *Los derechos constitucionales de los ancianos en la Argentina*, Buenos Aires, Dunken, 2006, pp. 3-120; Gonem Machello, Graciela N.; Dabove, María Isolina; Novelli, Mariano H. y otros, “Aportes para el pleno reconocimiento constitucional de los derechos de los ancianos”, *La Ley*, LXXII, (118), 2008, pp. 1-4.

importante fue el “Decálogo de los derechos de la ancianidad”³² incorporado en el Capítulo III de la Constitución de 1949,³³ que fue derogada el 27 de abril de 1956 por el gobierno *de facto* de Aramburu. Así, en 1957 se reforma la Carta de 1853 y se incorpora el actual artículo 14 bis, que hace mención a la obligación estatal de otorgar los beneficios de la

32. Decreto N° 32138/1948 del 15 de octubre, mediante el cual el Poder Ejecutivo oficializa el decálogo de los derechos de ancianidad proclamado por Eva Perón el 28 de agosto de 1948, disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/196040/norma.htm>

33. Constitución Argentina de 1949. Capítulo III: “Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura”, III. “De la ancianidad:

1. Derecho a la asistencia: Todo anciano tiene derecho a su protección integral, por cuenta y cargo de su familia. En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer a dicha protección, ya sea en forma directa o por intermedio de los institutos y fundaciones creados, o que se crearen con ese fin, sin perjuicio de la subrogación del Estado o de dichos institutos, para demandar a los familiares remisos y solventes los aportes correspondientes.
2. Derecho a la vivienda: El derecho a un albergue higiénico, con un mínimo de comodidades hogareñas es inherente a la condición humana.
3. Derecho a la alimentación: La alimentación sana, y adecuada a la edad y estado físico de cada uno, debe ser contemplada en forma particular.
4. Derecho al vestido: El vestido decoroso y apropiado al clima complementa el derecho anterior.
5. Derecho al cuidado de la salud física: El cuidado de la salud física de los ancianos ha de ser preocupación especialísima y permanente.
6. Derecho al cuidado de la salud moral: Debe asegurarse el libre ejercicio de las expansiones espirituales, concordes con la moral y el culto.
7. Derecho al esparcimiento: Ha de reconocerse a la ancianidad el derecho de gozar mesuradamente de un mínimo de entretenimientos para que pueda sobrellevar con satisfacción sus horas de espera.
8. Derecho al trabajo: Cuando el Estado y condiciones lo permitan, la ocupación por medio de la laborterapia productiva ha de ser facilitada. Se evitará así la disminución de la personalidad.
9. Derecho a la tranquilidad: Gozar de tranquilidad, libre de angustias y preocupaciones, en los años últimos de existencia, es patrimonio del anciano.
10. Derecho al respeto: La ancianidad tiene derecho al respeto y consideración de sus semejantes”.

Disponible en: http://www.elhistoriador.com.ar/documentos/ascenso_y_auge_del_peronismo/constitucion_de_la_nacion_argentina_1949.php. Ver también: Novelli, Mariano H., *Los derechos constitucionales de los ancianos en la Argentina*, *op. cit.*, p. 23; Gonem Machello, Graciela N.; Dabove, María Isolina; Novelli, Mariano H. y otros, “Aportes para el pleno reconocimiento constitucional de los derechos de los ancianos”, *op. cit.*, pp. 1-4.

seguridad social, “que tendrán carácter de integral e irrenunciable”.³⁴ Asimismo cabe recordar que en 1994 se incorporaron a la Constitución Nacional los tratados internacionales y regionales de derechos humanos del artículo 75, inciso 22 (bloque de constitucionalidad)³⁵ y se estableció la obligación estatal de legislar y promover “acciones positivas” que garanticen la igualdad real de oportunidades para las personas

34. Constitución Nacional Argentina, artículo 14 bis: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital y móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. 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”.

35. Constitución Nacional Argentina, artículo 75: “Corresponde al Congreso”, inc. 22: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

situadas en contextos vulnerables, entre las cuales se menciona a los ancianos (artículo 75, inciso 23).³⁶

Por su parte, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires optó por una técnica legislativa más clara y poderosa, a tal fin. Incluyó esta problemática en el artículo 41, que se refiere con exclusividad a los derechos de las personas mayores, en el marco de un título especial para las acciones positivas de igualdad. Pero por su intermedio se habilitó además el recurso al control constitucional y convencionalidad, en caso de incumplimiento. Algunos ejemplos de su aplicación lo constituyen: el caso “De Cristóbal de Sieber, Graciela Esther c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Tribunal Superior de Justicia, 04/12/2002, y el caso “Stegemann, Oscar s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Stegemann, Oscar A. c/Bertiche, Alfredo s/Medida Cautelar Urgente’”, Tribunal Superior de Justicia, 01/06/2005 (expediente N° 3848/05). También son ilustrativos los fallos tramitados ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Itzcovich, Mabel c/Anses s/Reajustes varios”, del 29/03/2005 y “Sánchez, María del Carmen c/Anses s/Reajustes varios”, del 17/05/2005.³⁷

Mención aparte merecen también las legislaciones especiales desarrolladas y fundadas a partir del artículo 41 de la CCABA. Entre ellas se destacan: la creación del área de derechos de la tercera edad de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, en 1998; la aprobación de la Ley N° 661 de 2001, que contiene el marco regulatorio para el funcionamiento de los establecimientos residenciales de la Ciudad de Buenos Aires, y su Decreto reglamentario N° 1076/2005; la entrada en vigor en 2001 de la Ley N° 4036 de Protección Integral de los Derechos Sociales para los Ciudadanos de la Ciudad,³⁸ y por último, la implementación

36. Constitución Nacional Argentina, artículo 75: “Corresponde al Congreso”, inc. 19: “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”. Inc. 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”.

37. Información disponible en: http://www.ciudadyderechos.org.ar/jurisprudencia_1.php?id=21&id3=157

38. Aun cuando esta ley ha sido calificada de contra convencional por su alusión a los derechos de los “ciudadanos” y no respecto de las personas residentes en general. Dispo-

en 2015 de la Ley N° 5420 de Prevención y Protección Integral contra Abuso y Maltrato a los Adultos Mayores, elaborada en base a las experiencias del programa Proteger del Gobierno de la Ciudad.

EL ARTÍCULO 41 EN LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

El 15 de junio de 2015, la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.³⁹ Este documento, vinculante para todos los países que lo ratifiquen en su derecho interno, es el primero en su género y constituye un hito dentro del proceso evolutivo del Derecho de la vejez.⁴⁰ Su entrada en vigencia en Argentina implicará su reconocimiento como fuente *supra* legal y habilitará a los jueces a realizar los controles de convencionalidad correspondientes a su campo.⁴¹

En su artículo 1, la Convención establece que su objeto es

... promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

nible en: <https://versionanterior.jusbaire.gob.ar/content/declaran-inconvencional-la-ley-de-proteccion-integral-de-los-derechos-sociales>

39. La Convención fue aprobada por: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas (Commonwealth de las), Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica (Commonwealth de), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela (República Bolivariana de). Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp

40. La Convención prevé su entrada en vigencia en el sistema regional a partir del trigésimo día en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la OEA (artículo 37). Ver: Roqué, Mónica, "El camino de la comunidad internacional", en Dabove, María I., *Derechos humanos de las personas mayores*, *op. cit.*, pp. 67-74; Dabove, M. I. y Prunotto Laborde, A., *Derecho de la ancianidad*, *op. cit.*, pp. 29-49.

41. En Argentina, desde diciembre de 2015 se presentaron tres proyectos de ratificación en la Cámara de Diputados de la Nación. En Chile y en Uruguay, el proceso de ratificación también está muy avanzado.

Sus disposiciones no podrán interpretarse como una limitación a derechos o beneficios más amplios o adicionales que reconozcan el Derecho Internacional o las legislaciones internas de los Estados Parte a favor de la persona mayor. Pero además hace explícito el deber estatal de adoptar medidas de acción afirmativa con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las previsiones de este documento. El artículo 41 de la Constitución de Buenos Aires es ilustrativo de este compromiso y muestra, además, la vanguardia de su posición en la materia.

El artículo 2 de la Convención, por su parte, establece definiciones de palabras clave, que son importantes para la determinación e interpretación de los conceptos vertidos en el artículo 41 de la CCABA. Ubica el inicio de la vejez hacia los 60 años⁴² y la conceptualiza como “construcción social de la última etapa del curso de vida”. La Convención cuenta además con principios propios, reconocidos en su artículo 3, cuyo contenido continúa y amplía los cinco principios de Naciones Unidas que estructuran el Derecho de la vejez,⁴³ y el artículo 4 se ocupa de los deberes generales de los Estados Parte.⁴⁴

42. La Convención se refiere al “abandono, los cuidados paliativos; la discriminación, la discriminación múltiple, el envejecimiento, el envejecimiento activo y saludable, el maltrato, la negligencia”. Desarrolla el concepto de “persona mayor que recibe cuidados a largo plazo, los servicios socio-sanitarios integrados, la unidad doméstica y hogar”.

43. Artículo 3: “Son principios generales aplicables a la Convención: a) La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor. b) La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo. c) La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor. d) La igualdad y no discriminación. e) La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad. f) El bienestar y cuidado. g) La seguridad física, económica y social. h) La autorrealización. i) La equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida. j) La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria. k) El buen trato y la atención preferencial. l) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor. m) El respeto y valorización de la diversidad cultural. n) La protección judicial efectiva. o) La responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna”.

44. Artículo 4: “Los Estados Parte se comprometen a salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor enunciados en la presente Convención, sin discriminación de ningún tipo, y a tal fin: a) Adoptarán medidas para prevenir, sancionar y erradicar aquellas prácticas contrarias a la presente Convención, tales como aislamiento, abandono, sujeciones físicas prolongadas, hacinamiento, expulsiones

Asimismo, en el capítulo cuarto (artículos 5 a 31), la Convención impone un catálogo muy amplio de derechos humanos, que dan consistencia a los cinco ejes del Derecho de la vejez: (I) La temática de la igualdad y no discriminación, la autorrealización y la capacidad jurídica están presentes en el artículo 5, en el 7 y en el 30. (II) Los derechos de autonomía extrapatrimoniales (derecho a la vida, a la salud, a la integridad, dignidad, libertades personales, circulación) han sido consagrados en los artículos 6, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 19 y 29. Los derechos de autonomía de contenido patrimonial (propiedad, vivienda) están previstos en los artículos 23 y 24. (III) Los derechos de inclusión y participación referidos a accesibilidad, familia, asociación, ocupación y trabajo, educación, recreación y disfrute de un medio ambiente adecuado y participación política fueron incluidos en los artículos: 8, 26, 28, 18, 20, 21, 22, 25 y 27. (IV) Los derechos sociales y la temática de los cuidados están contemplados en los artículos 17, 12 y 19. (V) Por último,

de la comunidad, la negación de nutrición, infantilización, tratamientos médicos inadecuados o desproporcionados, entre otras, y todas aquellas que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de la persona mayor. b) Adoptarán las medidas afirmativas y realizarán los ajustes razonables que sean necesarios para el ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención y se abstendrán de adoptar cualquier medida legislativa que sea incompatible con la misma. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas afirmativas y ajustes razonables que sean necesarios para acelerar o lograr la igualdad de hecho de la persona mayor, así como para asegurar su plena integración social, económica, educacional, política y cultural. Tales medidas afirmativas no deberán conducir al mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y no deberán perpetuarse más allá de un período razonable o después de alcanzado dicho objetivo. c) Adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la Justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos. d) Adoptarán las medidas necesarias y cuando lo consideren en el marco de la cooperación internacional, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales; sin perjuicio de las obligaciones que sean aplicables de inmediato en virtud del Derecho Internacional. e) Promoverán instituciones públicas especializadas en la protección y promoción de los derechos de la persona mayor y su desarrollo integral. f) Promoverán la más amplia participación de la sociedad civil y de otros actores sociales, en particular de la persona mayor, en la elaboración, aplicación y control de políticas públicas y legislación dirigida a la implementación de la presente Convención. g) Promoverán la recopilación de información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que le permitan formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la presente Convención”.

el acceso a la Justicia y la cuestión de la debida defensa se receptó en juicio en el artículo 31.

Junto a ello, el capítulo quinto obliga a los Estados Parte y a la sociedad a trabajar en el logro de una conciencia integral acerca de los derechos de las personas mayores.⁴⁵ Propicia, por ello, el desarrollo de programas de capacitación, la divulgación de perspectivas positivas sobre la vejez, el fomento de investigaciones gerontológicas y el reconocimiento de la sabiduría, la experiencia y productividad de las personas mayores.

En el último capítulo, se determinan los sistemas de garantías y protección. A tal fin la Convención prevé la implementación de dos instituciones: la Conferencia de Estados Parte y el Comité de Expertos.⁴⁶ Pero además, la Convención habilita a cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente constituida, a interponer peticiones individuales (denuncias o quejas) contra algún Estado Parte por violación de sus disposiciones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El artículo 36 establece también que para su aplicación “se tendrá en cuenta la naturaleza progresiva de

45. Capítulo V. “Toma de conciencia”, artículo 32: “Los Estados Parte acuerdan: a) Adoptar medidas para lograr la divulgación y capacitación progresiva de toda la sociedad sobre la presente Convención. b) Fomentar una actitud positiva hacia la vejez y un trato digno, respetuoso y considerado hacia la persona mayor y, sobre la base de una cultura de paz, impulsar acciones de divulgación, promoción de los derechos y empoderamiento de la persona mayor, así como evitar el lenguaje e imágenes estereotipadas sobre la vejez. c) Desarrollar programas para sensibilizar a la población sobre el proceso de envejecimiento y sobre la persona mayor, fomentando la participación de esta y de sus organizaciones en el diseño y formulación de dichos programas. d) Promover la inclusión de contenidos que propicien la comprensión y aceptación de la etapa del envejecimiento en los planes y programas de estudios de los diferentes niveles educativos, así como en las agendas académicas y de investigación. e) Promover el reconocimiento de la experiencia, la sabiduría, la productividad y la contribución al desarrollo que la persona mayor brinda a la sociedad en su conjunto”.

46. Capítulo VI. “Mecanismo de seguimiento de la convención y medios de protección”, artículo 33: “Mecanismo de Seguimiento. Con el fin de dar seguimiento a los compromisos adquiridos y promover la efectiva implementación de la presente Convención se establece un mecanismo de seguimiento integrado por una Conferencia de Estados Parte y un Comité de Expertos. El Mecanismo de Seguimiento quedará constituido cuando se haya recibido el décimo instrumento de ratificación o adhesión. Las funciones de la secretaría del Mecanismo de Seguimiento serán ejercidas por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos”.

la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, objeto de protección por la presente Convención”.

Este instrumento prevé la posibilidad de que cada Estado Parte reconozca la competencia de la Comisión Interamericana “para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos” reconocidos, en cuyo caso se aplicarán las normas procesales del Pacto de San José. Permite, además, que le formulen consultas y le soliciten “asesoramiento y cooperación técnica para asegurar la aplicación efectiva de cualquiera de las disposiciones” de esta Convención.

Más aún, la Convención admite incluso que cada Estado pueda reconocer la competencia de la Corte Interamericana como obligatoria, de pleno derecho y sin acuerdo especial, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión. Reconoce, por último, que las normas procesales de la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica se apliquen al efecto.

Capítulo Decimotercero

Personas con necesidades especiales

Artículo 42

La Ciudad garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades.

Ejecuta políticas de promoción y protección integral, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral.

Prevé el desarrollo de un hábitat libre de barreras naturales, culturales, lingüísticas, comunicacionales, sociales, educacionales, arquitectónicas, urbanísticas, del transporte y de cualquier otro tipo, y la eliminación de las existentes.

EL PROGRAMA CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS MÁS NECESITADOS

Por Alfredo M. Vítolo

La reforma de la Constitución Nacional en 1994 determinó la aparición de un nuevo sujeto institucional en la República Argentina. Respondiendo a un reclamo de larga data, el artículo 129 confirió a la Ciudad de Buenos Aires un amplio estatus de autonomía que la puso en un pie de cuasi igualdad con las provincias.¹ En este marco, la Constitución Nacional dispuso que el Congreso Nacional convocara a los habitantes de la ciudad a que dictaran el estatuto organizativo de sus instituciones.

Teniendo en consideración los amplios alcances de la autonomía que la Constitución Nacional reconoció a la Ciudad de Buenos Aires, no vemos sentido jurídico ni práctico alguno en discutir si la norma, que este año cumple veinte años desde su dictado, es una Constitución o un Estatuto Organizativo. Esta discusión, en cualquier caso, requeriría resolver una cuestión previa sobre la que entiendo no existe acuerdo: cuál sería la diferencia entre ambos conceptos. Inclusive los propios representantes del pueblo de la Ciudad reunidos en 1996 dejaron constancia de la dificultad de resolver la cuestión, al señalar en el preámbulo de la norma que sancionaban y promulgaban “la presente Constitución como Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires”. Más allá de la discusión, lo importante es que la norma sancionada constituye a las autoridades de la Ciudad y garantiza los derechos de sus ciudadanos y habitantes, de acuerdo a la exigencia que la Constitución Nacional requiere a las constituciones de las provincias: la de ser dictada “de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional”.²

En este sentido la Constitución de la Ciudad, si bien a veces con un texto farragoso y con una redacción no siempre cuidada –producto de

1. Ver: Vítolo, Alfredo M., “El Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Revista La Ley* 2000-B-1213.

2. Constitución Nacional, art. 5.

la necesidad de acomodar posiciones políticas muchas veces contradictorias y de hacer parecer a la Constitución como “moderna” (algo absolutamente innecesario) o “políticamente correcta”–,³ incorpora un conjunto de principios que avanzan sobre los fijados en la Constitución Nacional, reforzándolos, con la intención de proteger de un modo más acabado los derechos de los habitantes de la ciudad más populosa del país, sin discriminación alguna.

Esta situación ha llevado al texto constitucional a incorporar en su articulado en materia de derechos tanto cláusulas de garantía que funcionan con verdadero carácter normativo, como otras que simplemente podrían hacer encuadrar al texto en lo que se ha dado en llamar “Constitución-programa”, un catálogo de fines o pautas a tener en cuenta por quienes tienen la misión de legislar y que, por lo tanto, no son en principio exigibles directamente por los ciudadanos.

La norma del artículo 42 de la Constitución de la Ciudad encuadra en esta dualidad. Así, el primer párrafo del artículo procura garantizar a las personas con necesidades especiales ciertos derechos vinculados con los principios generales de igualdad y no discriminación, visibilizando un sector que tal vez de otro modo pasaría desapercibido, en consonancia con los alcances del principio de igualdad real de oportunidades exigido por el nuevo artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional. Esto está en línea con lo señalado desde antiguo por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación: que el principio de igualdad constitucional consiste “en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos, y que cualquiera otra inteligencia o aceptación de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social”.⁴ Por su parte, los dos párrafos restantes del artículo no son sino un conjunto amplio de objetivos fijados al Gobierno de la Ciudad para hacer realidad dicha garantía, sin que tengan estos mayor valor normativo.

3. Ver: Vítolo, Alfredo M., *Dos décadas de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - La cuenta pendiente*, Carta de Noticias, Procuración General de la CABA, 2016; Gelli, María Angélica, *La Constitución estatuyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, en VV. AA., *Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires comentadas*, Abeledo Perrot, 2010, p. 81.

4. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Guillermo Olivar”, Fallos: 16:118.

El artículo fue propuesto y aprobado sin disidencias ni mayores debates en la Convención Constituyente.⁵ En la sesión del 20 de septiembre de 1996, el convencional (y luego Jefe de Gobierno) Aníbal Ibarra destacó:

... la importancia de este texto constitucional, con la esperanza de que sirva a la transformación de criterios culturales que han sido desarrollados con prejuicios y que en un tiempo no lejano sea una realidad la verdadera integración de toda la comunidad, puntualmente respecto de las personas que tienen necesidades especiales.

La afirmación –con la que no podemos sino coincidir– no hace más que poner de resalto el limitado valor normativo (y el amplio valor educativo) del precepto constitucional en cuestión.

Del mismo modo, el miembro informante del proyecto, el convencional Jozami, al presentarlo, dejó en claro que sólo constituía una descripción de principios generales que otros artículos del texto constitucional se preocuparían de desarrollar con mayor amplitud:

Quiero señalar que el criterio adoptado por la Comisión de Políticas Especiales fue limitarse en este texto a las cláusulas de carácter general vinculadas con las personas con necesidades especiales y dejar para incluir en los capítulos referentes a salud, educación, deportes, vivienda, etcétera, los proyectos que hacían referencia en particular a la situación de las personas discapacitadas en relación con cada una de estas actividades.⁶

Así pues, entendemos que la garantía y los objetivos previstos en el artículo 42 de la Constitución de la Ciudad pueden ser considerados reglas introductorias a un conjunto de principios de protección que encuentran concreciones efectivas en otras disposiciones más específicas del texto constitucional. A saber:

- El artículo 13.7, al disponer, con un criterio un tanto redundante, tal vez con la intención de reforzar su contenido, la necesidad de “asegurar a todo detenido la alimentación, la higiene, el cubaje de aire, la privacidad, la salud, el abrigo y la integridad psíquica, física y moral. Disponer las medidas pertinentes cuando se trate de personas con necesidades especiales”.

5. Sesiones del 23 de agosto y 20 de septiembre de 1996.

6. Sesión del 23 de agosto de 1996.

- El artículo 21.7, en tanto exige que la Ley Básica de Salud a ser dictada por la Legislatura de la Ciudad garantice “la prevención de la discapacidad y la atención integral de personas con necesidades especiales”.
- El artículo 24, que requiere a la Ciudad garantizar “el derecho de las personas con necesidades especiales a educarse y ejercer tareas docentes, promoviendo su integración en todos los niveles y modalidades del sistema”.
- El artículo 31.1, que ordena a la Ciudad dar prioridad, en los programas tendientes a la reducción progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios “a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos”.
- El artículo 33, que dispone, también con un criterio redundante, que la Ciudad “facilita la participación de sus deportistas, sean convencionales o con necesidades especiales, en competencias nacionales e internacionales”.
- El artículo 43, que ordena al Gobierno de la Ciudad asegurar “un cupo del cinco por ciento del personal para las personas con necesidades especiales, con incorporación gradual en la forma que la ley determine”.
- Y finalmente el artículo 80.7, que ordena a la Legislatura promover “medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato entre varones y mujeres; niñez, adolescencia, juventud, sobre personas mayores y con necesidades especiales”.

El carácter meramente programático del artículo fue puesto de resalto por uno de los primeros exégetas de la Constitución de la Ciudad. Así, Humberto Quiroga Lavié, al comentar el artículo, expresó:

La norma no dispone la obligación por parte de las autoridades de la Ciudad de adoptar medidas de acción positiva dirigidas a atender personas que tuvieran necesidades especiales, sino solamente la fijación de políticas en tal sentido. De este modo, el carácter programático de la norma resulta mucho más notorio, condicionando la posibilidad de los pertinentes reclamos a la respectiva reglamentación legal. Se trata de poder atender las múltiples situaciones de desventaja o privación en que se encuentran las personas, que hace necesaria la acción

del Estado con el objeto de prevenir, rehabilitar, capacitar, educar y lograr la integración social y laboral de los necesitados. Como bien se puede observar, no se trata de una promesa de prestaciones en especie, sino del otorgamiento de servicios educativos y formativos que hagan posible la transformación de la desfavorable situación en que se encuentra la gente.⁷

Es precisamente el carácter introductorio y meramente programático del artículo 42 de la Constitución el que determina que, a veinte años de la vigencia del texto constitucional, no se encuentren sentencias firmes de los órganos judiciales de la Ciudad que se funden en sus disposiciones.

De la compulsa efectuada con motivo del presente trabajo, sólo pudimos identificar un voto disidente del juez Julio Maier del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad, que procuró encontrar en el artículo obligaciones concretas del Estado, lo que permitiría hacer lugar a reclamos por inconstitucionalidad por omisión. Así, sostuvo Maier:

La Constitución local establece la garantía de la Ciudad para la efectividad de ciertos derechos. En el caso, la protección de las personas con capacidades diferentes –anteriormente subsumida en el paradigma de la “seguridad social” y hoy desarrollada en un capítulo constitucional específico– impone a los poderes públicos la obligación de efectuar prestaciones cuyo correlato es el derecho de los beneficiarios a exigirlos. Esta observación remite, desde luego, a la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión. En un pronunciamiento reciente, he sostenido que “[Q]uienes la aceptan parten, tradicionalmente, del binomio ‘normas operativas’ (o autosuficientes, o autoaplicativas) y ‘normas programáticas’ (...). [L]as primeras son aquellas que, por su contenido sustantivo y su formulación, garantizan su aplicabilidad inmediata y directa, sin necesidad de reglamentación por otra norma. El contenido sustantivo de las segundas es, en cambio, un programa de acción, y su formulación denota el carácter diferido de su aplicabilidad y funcionamiento plenos, que requieren de una ulterior disposición reglamentaria. En este contexto, las normas programáticas constituyen directivas para los órganos de poder, con la consecuencia de que el incumplimiento del plazo establecido para reglamentarlas (en el caso de que lo especifiquen) o la demora indefinida en hacer-

7. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires comentada*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 127.

lo (en el caso de que no lo establezcan) consuman la inconstitucionalidad por omisión legislativa y ella permite a los magistrados, al declararla, mandar su aplicación inmediata por el órgano contumaz, especialmente cuando las normas programáticas son, como se aduce en el caso, declarativas de derechos (...). A mi juicio, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, ante un ciudadano discapacitado que requiere del gobierno la provisión de un empleo a fin de intentar su “plena participación e integración” (por lo que prefiere, reitero, el empleo al subsidio), en lo que constituye una petición sostenida durante poco menos de cinco años y frente a normas constitucionales que establecen el deber de hacerlo, con el objeto de tornar prácticas las condiciones para la efectivización del derecho correlativo, el cupo y los restantes extremos examinados previamente, no permite dejar de exponer razones materiales o sustantivas que inhabilitan el requerimiento (...). De este modo, se advierte que la conducta del gobierno en este caso es un dejar de hacer inconstitucional e ilegal. Resulta incontrovertible que, de acuerdo con la responsabilidad que la Constitución le asigna en la asistencia y atención de las personas discapacitadas, existe el deber jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de promover el acceso a empleos públicos a fin de vehicular la inserción social y laboral de estas personas. No es posible sustraerse a esta responsabilidad por las demoras en que incurre la misma Ciudad...”⁸

En forma similar a esta postura se expresó Quiroga Lavié:

Como todo precepto programático, su marco normativo es operativo, de modo tal que si la omisión del legislador o la acción de las autoridades viola el marco tutelar de la disposición constitucional, queda habilitada la jurisdicción judicial para restablecer la plena vigencia del orden jurídico.⁹

No coincidimos con estas posturas, pero no porque descreamos del instituto de la inconstitucionalidad por omisión, sino porque consideramos que este no resulta aplicable al contenido del artículo 42 que, como señalamos, sólo sienta principios de gran generalidad, desarrollados por otras normas del ordenamiento constitucional. Será la falta de concreción de los requerimientos de tales normas, en definitiva, la

8. Expte. N° 3771/05, “Tobías Córdova, Álvaro Juan María s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Tobías Córdova, Álvaro Juan María c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”.

9. Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*

que podrá determinar, en su caso, la existencia de dicha inconstitucionalidad por omisión.

En nuestra opinión, reconocer al texto del artículo 42 de la Constitución de la Ciudad una función programática y docente, en nada merece su contenido. El artículo se yergue como principio general que señala el camino a seguir por la Ciudad en esta materia tan sensible, y como insolayable pauta interpretativa, a fines de evaluar los alcances de las políticas públicas adoptadas por el Gobierno de la Ciudad en protección de aquellos sectores más desprotegidos de nuestra sociedad.

Capítulo Decimocuarto Trabajo y Seguridad Social

EL DERECHO DEL TRABAJO COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

Por Darío Reynoso

Artículo 43

La Ciudad protege al trabajo en todas sus formas. Asegura al trabajador los derechos establecidos en la Constitución Nacional y se atiene a los convenios ratificados y considera las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. La Ciudad provee a la formación profesional y cultural de los trabajadores y procura la observancia de su derecho a la información y consulta.

Garantiza un régimen de empleo público que asegure la estabilidad y capacitación de sus agentes, basado en la idoneidad funcional. Se reconocen y organizan las carreras por especialidad a las que se ingresa y en las que se promociona por concurso público abierto. Asegura un cupo del cinco por ciento del personal para las personas con necesidades especiales, con incorporación gradual en la forma que la ley determine. En todo contrato de concesión de servicios o de transferencia de actividades al sector privado, se preverá la aplicación estricta de esta disposición.

Reconoce a los trabajadores estatales el derecho de negociación colectiva y procedimientos imparciales de solución de conflictos, todo según las normas que los regulen.

El tratamiento y la interpretación de las leyes laborales debe efectuarse conforme a los principios del derecho del trabajo.

... [l]a idea de justicia social es (...) hoy por hoy, la máxima aspiración de los hombres y de los pueblos porque también entre estos se la deberá consagrar como garantía última de la paz, la que no se puede alcanzar cuando hombres explotan a los hombres y los pueblos a otros pueblos.¹

INTRODUCCIÓN

A modo de introducción de la temática a ser abordada, cabe destacar que el capítulo decimocuarto de la Constitución local, formado por los artículos 43, 44 y 45, se dedica a regular todo lo atinente al trabajo y la seguridad social. No debe olvidarse que el derecho del trabajo surge –en paralelo con el proceso del constitucionalismo social– en el siglo XX, principalmente como conquista por parte de trabajadores organizados tras una larga lucha social, y con el objetivo principal de protegerse en la relación de desigualdad que los vincula con el empleador.

Al momento en que fue sancionada la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hace ya veinte años, las políticas económicas imperantes (que se describen bien en los debates de la Convención Constituyente)² le concedían poderes al sector empresarial en detrimento de los trabajadores. Así se daba forma a la flexibilización laboral iniciada por la dictadura cívico-militar en 1976 y que tuvo su máxima expresión en la década de los noventa con el dictado de leyes que marcaron un nítido retroceso en los derechos de los asalariados. Esta flexibilización consistía en la implementación de políticas e instrumentos de corte neoliberal, cuya finalidad era que el vínculo laboral se rigiera por las leyes del mercado y no a través de un Estado protector.

1. Centeno, Oscar Norberto, “Introducción a la ley de contrato de trabajo”, *Revista Legislación del Trabajo*, año XXII, N° 262, octubre de 1974, citado en *Revista Derecho del Trabajo. El trabajo como valor esencial, originario y fundamento de la sociedad*, Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica (Infojus), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, año III, N° 9, diciembre de 2014.

2. Véase *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2016.

Sobre este aspecto, se ha indicado que

... [l]os “flexibilizadores” hablaban ya en aquella época de un Derecho del trabajo en crisis y de la decadencia del empleo normal y estable para dejar paso a formas más permisivas. Desde esta perspectiva, se sostuvo que el Derecho del trabajo no podía aferrarse a un mero garantismo convencional o legal, individualista, basado en el reconocimiento de derechos subjetivos e indisponibles, sino que, por el contrario, debían revisarse ciertas garantías hiperprotectorias.³

Ahora bien, y sin perjuicio del contexto descripto, ha sido el espíritu de los constituyentes de 1996, en línea con lo expuesto en la Constitución Nacional,⁴ incluir en su articulado los derechos del trabajo en un sentido amplio. Ello queda de manifiesto, por ejemplo, al establecer que la Ciudad “protege al trabajo en todas sus formas”, lo cual marca una línea de pensamiento que se contrapone al proceso normativo restrictivo llevado adelante por el poder político y económico imperante en ese momento.

Por su parte, cabe destacar que en la actualidad resulta normal y habitual encontrar en textos constitucionales, así como en las convenciones de derechos humanos, el reconocimiento expreso de derechos de los trabajadores sin que ello llame en absoluto la atención de ningún individuo.

Sin embargo, la incorporación expresa de los derechos laborales en la letra de la Constitución recién se plasmó con la reforma del año 1949. En el seno de la Convención Constituyente hubo un debate en torno a la inclusión, o no, de estos derechos, y triunfó la primera de estas posturas.

En efecto, el Dr. Arturo Sampay, en su rol de convencional constituyente de la reforma de 1949, afirmó que la Constitución entonces vigente (aludiendo a la de 1853 con las reformas de 1860, 1866 y 1898) no reconocía los derechos de los trabajadores. Explica dicho autor que ello se debía a que –desde la usina mercantilista de dicha Constitución– se entendía al trabajo como una mercancía librada a las reglas del mercado y, por lo tanto, al juego de los intereses encontrados

3. Dobarro, Viviana Mariel, “40 años de la LCT. El art. 17 bis: un retorno a los principios generales del derecho del trabajo”, *Revista Derecho del Trabajo. El trabajo como valor esencial, originario y fundamento de la sociedad*, op. cit., p. 112.

4. Véase el artículo 14 bis de la CN.

entre el trabajador y el empleador, lo cual conducía a la degradación de la condición humana del obrero a la de una máquina productora de energía y, en función de ello, el contrato de trabajo implicaba una mera compraventa.⁵

Asimismo, resulta interesante destacar las palabras del convencional De Virgilio, que fue parte de esta discusión, quien sostuvo que

... [s]e ha formulado por parte de los representantes de la minoría en el seno de la subcomisión donde me tocó actuar una objeción de carácter formal, de técnica jurídica, diciendo que los derechos del trabajador no deben figurar en la Constitución, sino en el Código del Trabajo. Esta era la cuestión que planteaba el convencional por Córdoba, doctor Sobral. Frente a ese reparo yo le contesté que dentro de la técnica constitucional cabe incluir los derechos fundamentales del trabajador, sin perjuicio de legislarlos posteriormente en un código, *porque así se asegura en el estatuto fundamental un derecho que no podrá ser alterado en el futuro y a cuyas prescripciones tendrá que ajustarse el código que se dicte como consecuencia de ese mandato imperativo e inalienable de la nueva Constitución.*⁶

5. Sampay, Arturo, *La Constitución democrática. Con notas y estudio preliminar de Alberto González Arzac*, Buenos Aires, Ed. Ciudad de Buenos Aires, 1999.

6. Terroba, Luis Alberto, *La Constitución Nacional de 1949. Una causa nacional*, Buenos Aires, Ediciones del Pilar, 2003, p. 178 (el destacado me pertenece). Asimismo, en la discusión de los convencionales constituyentes de 1996, el convencional Bisutti señaló que “Hace unos años atrás no más, hablar de trabajo y de trabajadores nos remitía a referirnos a jornada limitada de tareas, a derechos laborales y sociales, a protección del trabajador y de su unidad familiar. En cambio, hoy hablamos de trabajo y nuestro pensamiento recalca en congelamiento salarial, rebaja de salarios, precarización, desempleo, desprotección, flexibilidad laboral, desintegración social. Hoy utilizamos palabras y frases como globalización, nuevo orden mundial, cambios y transformaciones en el mundo, los mercados, la bolsa, el déficit fiscal, la gran concentración de capital, el Grupo de los Ocho, las transnacionales, economía de mercado, etcétera. (...) Los gobernantes no deberían olvidar que no sólo interesa la economía, ya que nadie puede olvidar al pueblo (...). Hoy no deberían seguir avasallando y arrastrando con los derechos sociales. Como decía un gran estadista, los pueblos siempre reaccionan; tarde o temprano los pueblos harán tronar el escarmiento. Por eso es importantísimo que en nuestra Constitución quede plasmado el derecho al trabajo y su protección, así como también garantizar que el trabajador, como sujeto activo, se encuentre debidamente protegido. Esta Constitución va a establecer la protección en todas sus formas y asegurar al trabajador los derechos establecidos en nuestra Constitución Nacional, quedando consagrados también con reconocimiento constitucional los convenios y los tratados de la OIT” (*Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, Buenos Aires, Editorial Jusbairens, 2016, T. 3, pp. 604-605).

No obstante, cabe remarcar que si bien la Constitución de 1949 se deroga en 1956, lo cierto es que un año después, con la reforma constitucional de 1957, la protección de estos derechos se plasma en el artículo 14 bis.

Efectuada esta breve introducción, corresponde dar comienzo con el análisis de los artículos 43, 44 y 45 del Capítulo decimocuarto de esta Constitución, los cuales, como se indicó, se dedican a regular todo lo atiente al trabajo y a la seguridad social.

LA PROTECCIÓN DEL TRABAJO EN TODAS SUS FORMAS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CABA

El artículo 43 abre la trilogía de artículos que regulan el trabajo y la seguridad social en esta Ciudad, estableciendo, como primera medida, que las disposiciones en materia de trabajo deben ser interpretadas en sentido ampliamente protectorio. De ahí que disponga que la Ciudad tutela al trabajo “en todas sus formas”.

Esta protección amplia se vincula de forma directa con el principio protectorio del derecho del trabajo y tiene por objeto evitar que el trabajador quede desamparado en la relación laboral.⁷ No puede perderse de vista que el trabajador se encuentra en una innegable situación de inferioridad y desventaja en todo vínculo laboral respecto de su empleador. Ambas circunstancias enunciadas son las que justifican la especial protección dispuesta por la normativa en favor del trabajador.⁸

7. Cabe destacar que la relación de trabajo presenta ciertas características que la distinguen de cualquier otro vínculo jurídico. Al respecto, se ha indicado que en este tipo de relaciones: “la prestación de una de las partes, el trabajador, está constituida por la actividad humana, inseparable e indivisible de la persona del hombre y, por lo tanto, de su dignidad. Son estas, entre otras, las ‘características’ del trabajo humano ‘que imponen su consideración con criterios propios’ (“Mansilla c. Compañía Azucarera Juan M. Terán”, Fallos: 304; 415, 421 y su cita). A ello cabe agregar que el salario se trata de una cuestión de gran importancia pues constituye un crédito de evidente naturaleza alimentaria (Fallos: 364:367), que interesa a vastos sectores de la población y que se origina en una relación que supone, regularmente, desigualdad entre las partes, en desfavor del empleado (Fallos: 181:209; 239:80, 83; y 306:1059, 1064).

8. Al respecto, la CSJN ha indicado que “el art. 14 bis, cabe subrayarlo, impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad. En efecto, en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y ninguno de ellos debe ser descuidado por las

A su vez, mediante este artículo expresamente se asegura al trabajador los derechos reconocidos en la Constitución Nacional; incluso, respecto a esta temática, la Constitución local sigue la línea del artículo 14 bis de la CN, al indicar que el trabajo “en sus diversas formas” gozará de la protección de las leyes (artículo 14 bis).

El artículo bajo análisis establece también que la Ciudad “se atiene a los convenios ratificados y considera las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo” (OIT). Esta organización es una agencia tripartita de las Naciones Unidas, que tiene por objeto la promoción de la justicia social, los derechos humanos y laborales reconocidos internacionalmente.⁹ Reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de los Estados Miembros (que al presente son 187 países), con el fin de establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas para promover la seguridad social y el trabajo decente de todas las personas.

Tanto los convenios (instrumentos internacionales vinculantes para los Estados Miembros que los ratifiquen) como las recomendaciones (directrices no vinculantes) de la OIT (llamadas de forma conjunta “normas internacionales del trabajo”) establecen principios y derechos básicos en materia de trabajo. Estas normas son elaboradas por los representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores, y adoptadas luego en la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT que se reúne anualmente. A partir de ello, se deja abierta la posibilidad para que sean ratificados por los respectivos Estados Miembros.¹⁰ Las recomendaciones y convenios de este orga-

leyes. Sin embargo, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el primero es sujeto de preferente tutela, tal como se sigue de los pasajes del art. 14 bis anteriormente transcritos, así como de los restantes derechos del trabajador contenidos en esta cláusula” (CSJN, “Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA S.A. s/despido”, Fallos: 327:3677).

9. Tiene su origen en el Tratado de Versalles de 1919, mediante el cual se creó la Sociedad de Naciones y terminó con la Primera Guerra Mundial.

10. El Consejo de Administración de la OIT ha establecido que ocho de sus convenios son *fundamentales*, a saber: Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948, núm. 87), Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949, núm. 98), Convenio sobre el trabajo forzoso (1930, núm. 29), Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (1957, núm. 105), Convenio sobre la edad mínima (1973, núm. 138), Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (1999, núm. 182), Convenio sobre la igualdad de remuneración (1951, núm. 100) y el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) (1958, núm. 111). Asimismo, este mismo organismo ha

nismo resultan de gran importancia para el avance de los derechos internos en materia de derecho del trabajo y la seguridad social debido a la amplitud de temas que abarcan, a saber: la libertad de asociación y libertad sindical, el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros.

A lo expuesto cabe agregar también que, según lo dispuesto por el artículo 10 de este cuerpo legal, rigen en la Ciudad todos los derechos, declaraciones y garantías de la CN, las leyes de la Nación y los instrumentos de Derecho Internacional ratificados y que se ratifiquen en el futuro, los cuales deben ser interpretados de buena fe. Se agrega allí también que los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y que esta no puede tampoco cercenarlos.¹¹ Por cierto, son diversos los instrumentos de Derecho Internacional de los derechos humanos ratificados por el Estado Nacional que han sido elevados a la jerarquía constitucional tras la reforma de 1994, que se refieren de forma expresa al derecho de los trabajadores¹² y que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 10 de la CCABA, presentan plena eficacia en esta Ciudad.

Por su parte, este artículo 43 de la Constitución local dispone que la Ciudad “provee a la formación profesional y cultural de los trabajadores”.

La República Argentina celebró el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en 1966, y fue ratificado diez años después. Entre otros derechos, el Pacto establece, en su artículo 6, que los Estados Partes reconocen el derecho a trabajar

designado como prioritarios otros cuatro convenios, a saber: Convenio sobre la inspección del trabajo (1947, núm. 81), Convenio sobre la política del empleo (1964, núm. 122), Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), (1969, núm. 129) y Convenio sobre la consulta tripartita. Normas internacionales del trabajo (1976, núm. 144). Información disponible en: <http://www.ilo.org/>

11. Para un mayor desarrollo del tema, véase el análisis efectuado por Estela Sacristán en esta obra.

12. Arts. 23 y 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. XIV y XXXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y arts. 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

y que para lograr la plena efectividad de este derecho, los Estados deben promover su orientación y formación técnico-profesional y la preparación de programas, normas y técnicas para el desarrollo cultural de cada trabajador.¹³ Asimismo, el PIDESC forma parte de los Tratados Internacionales que han sido incorporados a nuestra Constitución Nacional a través del aludido artículo 75, inciso 22, por lo cual su cumplimiento no sólo es obligatorio, sino que los Estados Partes tienen prohibido decidir medidas o dictar normas que signifiquen un acto de regresividad en materia de derechos sociales.¹⁴ También la Argentina forma parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde los derechos sociales se encuentran tutelados a través de varios tratados multilaterales y dos instituciones garantes: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁵

La cuestión vinculada con la capacitación de trabajadores, más allá de aquellos alcanzados por el régimen de empleo público (lo cual será abordado más adelante), resulta de gran relevancia, en especial como medida de apoyo para superar situaciones de pobreza o indigencia. En este aspecto, es innegable la necesidad de un Estado presente y activo, que coadyuve a las personas en la capacitación y búsqueda de empleos.

13. "Artículo 6.1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho. 2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana".

14. Courtis, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios" y Sepúlveda, Magdalena, "La interpretación del comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión 'progresivamente'", en Courtis, Christian (compilador), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

15. Hitters, Juan Carlos, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación", Chile, Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, N° 2, 2009; y Hitters, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 10, julio-diciembre 2008.

Sobre este punto caben citar las palabras del Dr. Petracchi, integrante de la Corte que intervino en el emblemático caso “Q. C., S. Y. c/GCBA”, quien en su voto mencionó que

... corresponde señalar que el acceso a la vivienda digna está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales. De hecho, un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no sólo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes (Fallos: 329:1638; 329:4918 y 331:453, entre otros).

Esta interpretación debe hacerse extensiva al acceso a una fuente de trabajo, pues quien no tiene un lugar donde vivir, asearse y descansar, encuentra un obstáculo más en la búsqueda y obtención de un empleo.¹⁶

Por otra parte, el artículo 43 incluye el derecho a la *información y consulta*. Este derecho es el que poseen los trabajadores a ser informados y a ser consultados por parte de las empresas (ya fueren nacionales o extranjeras) y, eventualmente, por parte del Estado (sobre todo las empresas en las que el Estado tuviere participación). Es decir, se refiere a cuestiones relacionadas con el rendimiento económico, la solidez financiera y sus proyectos de desarrollo, fusiones, despidos o reestructuraciones que puedan afectar las fuentes de trabajo. En el Derecho Comunitario Europeo –probablemente el sistema supranacional de

16. Sobre este punto, se ha señalado que “[l]a indivisibilidad de los derechos humanos es un dato ineludible en las fuentes internacionales. ‘No puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos’ (del preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). El preámbulo del Protocolo de San Salvador (protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos) también da cuenta de ello, y se refiere a ‘la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena’” (TSJ CABA, “Sztern, María Eugenia s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Sztern, María Eugenia c/GCBA y otros s/amparo”, Expte. N° 9814/13, sentencia del 15 de abril de 2014, del voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz).

derechos sociales más avanzado del mundo— el concepto de derecho a la información y consulta se asocia, también, al derecho de *participación* de los trabajadores en la toma de decisiones de la empresa. Si bien el derecho a la participación no se encuentra expresamente incluido en este artículo, lo cierto es que la propia Constitución Nacional, en su artículo 14 bis, incluye el derecho a la “participación en las ganancias de las empresas” y al “control de la producción y colaboración en la dirección” de las empresas.

Por supuesto que este tipo de prerrogativas de los trabajadores y sus organizaciones a requerir información, o sobre las decisiones y las ganancias empresarias, provocan interpretaciones polémicas no sólo en la Unión Europea,¹⁷ sino también en la República Argentina, puesto que muchos de los derechos enumerados en el artículo 14 bis no han sido reglamentados ni aplicados de manera efectiva hasta la fecha.¹⁸

RÉGIMEN DE EMPLEO PÚBLICO EN LA CIUDAD

Resulta de trascendental importancia que una Constitución moderna exprese su compromiso de garantizar un régimen de empleo público profesional y, por tanto, una carrera burocrática. Esto debe resaltarse con particular énfasis puesto que la existencia de una carrera administrativa no sólo forma parte de los derechos constitucionales (y específicamente laborales) de los trabajadores públicos, sino que también constituye un deber del Estado como prestador de servicios, más una garantía para los ciudadanos y habitantes de esta Ciudad.

En efecto, la carrera administrativa es hoy un elemento imprescindible para el logro de un Estado eficaz y eficiente,¹⁹ por lo cual la

17. Sobre este tema, véase: Molero, María Luisa y Valdés Dal-Re, Fernando, *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, Granada, Editorial Comares, 2014; y Parlamento Europeo, *Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores*, Fichas Técnicas sobre la Unión Europea, 2016, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_5.10.6.pdf

18. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, T. I, p. 199.

19. La idea de que el servicio público debe tener como finalidad el logro de los objetivos fijados (eficacia) y con la mayor racionalidad en la utilización de los recursos existentes (eficiencia) surge de la misma Ley N° 471, al definir los deberes de los agentes públicos: “Los trabajadores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen las siguientes

circunstancia de que la Ciudad esté obligada, a través de un orden constitucional, a construirla tiene varios aspectos que corresponde destacar.

En primer lugar, beneficia a sus habitantes al contar con un plantel de cuadros administrativos especializados que ofrezcan servicios públicos de alta calidad. En segundo lugar, se reafirma el derecho de los trabajadores públicos a una carrera profesional que posee ciertos derechos propios de la función pública, como ser: estabilidad, régimen de ascensos objetivo e imparcial, concursos transparentes, escalafón, sistema disciplinario con todas las garantías de un Estado de Derecho, formación y capacidad, entre otros. Estas prerrogativas no existen en el ámbito privado.

Finalmente, el Estado puede y debe organizar una carrera profesional con un sistema que garantice la excelencia del personal regulando a través de leyes y reglamentos los requisitos de ingreso, ascenso y promoción, y un sistema disciplinario para lograr la formación de los mejores servidores públicos de la Administración.

La necesidad de la formación de una burocracia profesional para un Estado moderno es un pilar fundamental en la sociología política y en la teoría del Estado desde principios del siglo XX. La enorme dimensión, la necesaria democratización y la complejidad de una sociedad moderna hace que no pueda pensarse un Estado social de Derecho (promotor tanto de derechos individuales como sociales, así diseñado en la Constitución de la Ciudad de 1996 y en la Nacional de 1994) sin la existencia de un sistema profesional de gestores de la función pública; esto es, una burocracia de carrera, experta y especializada, que garantice el goce pleno derechos individuales, políticos y sociales.²⁰

obligaciones: a) prestar personal y eficientemente el servicio en las condiciones de tiempo, forma, lugar y modalidad determinados por la autoridad competente, sea en forma individual o integrando los equipos que se constituyan conforme a las necesidades del servicio encuadrando su cumplimiento en principios de eficiencia, eficacia y productividad laboral (...)”.

20. El sociólogo Max Weber fue el primero que intuyó que la burocracia era una necesidad y también un problema: la formación de una compacta corporación burocrática, necesariamente privilegiada, puede ser un obstáculo para el progreso de un sistema político y social. La burocracia es la manifestación moderna de la contradicción que existe entre la sabiduría técnica por un lado y la idea de la democracia por otro, puesto que la técnica profesional no se vota. La tensión de esta cuestión –digamos especialidad y técnica vs. valores y democracia; secreto de especialista vs. publicidad de actos estatales– es lo que llevó a Weber a comprender la burocracia del Estado como *un mal*

Entender esta compleja trama de la cuestión burocrática puede ayudar a comprender la tensión permanente entre estos factores. Dicha tensión se manifiesta entre el concepto de discrecionalidad del Estado (las facultades de gestión de la Administración Pública),²¹ los derechos de los ciudadanos y habitantes de la Ciudad, y los derechos de los agentes públicos. Así, existirá una tensión permanente, nunca resuelta, entre las atribuciones de la administración a regular, gestionar, controlar y modernizar la burocracia; los derechos de los ciudadanos y habitantes a gozar de servicios de alta calidad y a informarse de manera adecuada o a reclamar de manera sencilla y con las debidas garantías constitucionales; y los derechos de los trabajadores a los beneficios de ser agentes públicos.

Solamente si se asume esta tensión se comprenderá por qué se suelen entrecruzar principios jurídicos y órdenes normativos distintos que deben ser interpretados con extremo cuidado. Así, tenemos: Derecho Administrativo vs. Derecho Laboral, Derecho Público vs. Derecho Privado, derechos políticos vs. Estado, Estado vs. ciudadano, Estado vs. agentes públicos, discrecionalidad vs. arbitrariedad, información reservada vs. publicidad y experticia técnica vs. democracia, entre otros tantos. Según la manera en que se interpreten estas múltiples tensiones entre diferentes dimensiones, principios, derechos e intereses, es que tendremos disímiles interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales. A continuación veremos algunas de estas cuestiones.

Corresponde ahora que ensayemos una definición más precisa sobre el tema. Es posible sostener que existe una relación de empleo público cuando una persona física pone voluntariamente su trabajo a disposición del empleador, de manera permanente y continuada –mediante una retribución– al servicio del Estado, para la realización o cumplimiento de funciones esenciales y propias de la Administración Pública (o por la contribución a que tales funciones sean realizadas), asumiendo

necesario que debía ser controlado por el Parlamento (y su “derecho de encuestarla” y controlarla), combinado con un sistema político dirigido por un *líder carismático* surgido de esa institución deliberante (Weber, Max, *Economía y Sociedad*, Buenos Aires, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1992).

21. Ver, al respecto, los siguientes artículos: Cassagne, Juan Carlos, “La discrecionalidad administrativa”, *La Ley*, 03/09/2008. Disponible en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf

el agente público particulares derechos y deberes, y haciendo de ella su propia profesión habitual.²²

La doctrina ha discutido si el empleo público tiene una naturaleza contractual, en atención a que ciertos autores le negaban el carácter de tal porque no existirían, según este criterio, dos voluntades que acuerdan sino sólo una: la del Estado. Este debate ha quedado prácticamente en desuso,²³ puesto que la mayoría de los juristas entiende actualmente que la voluntad de los dos sujetos (agente público y Administración) resulta indubitable. Es decir que existe un acto volitivo por parte de la persona que pretende ser agente público, del que se supone su voluntad de ingresar al Estado y comprometerse con el régimen estatutario que (debemos suponer) conoce, y por lo tanto no existe sólo la voluntad del empleador estatal (lo que implica la celebración de contrato administrativo bilateral de carácter público, aunque en un proceso de progresiva “laboralización”).

La otra cuestión es si el contrato es un acto consensual de carácter excluyentemente público, por ser el Estado uno de los contratantes, y si puede complementarse con el carácter laboral, precisamente por las funciones que debe desempeñar el agente. Aquí la jurisprudencia ha oscilado, como veremos más abajo. Pero la tensión se proyecta,

22. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 4ª ed., 1993, T. II. Para una profundización de este debate, ver: García Pulles, Fernando (dir.), *Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª edición, 2010, pp. 13-40. Para una opinión crítica, véase: Hockl, María Cecilia, “Los contratos celebrados por la Administración Pública y el Derecho del trabajo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 404, Buenos Aires, 2012, pp. 73-114.

23. Ver Gordillo, Agustín, “Agentes Públicos” (capítulo XIII), *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, T. I, pp. XIII-22/27. En una relación de empleo público, dice Gordillo que “a) Hay un concurso, en el cual se presentan las personas interesadas en ingresar a la administración, en base al llamado oportunamente efectuado para seleccionar ofertas; b) un acto de nombramiento, aceptando la solicitud efectuada y c) la notificación de dicha designación, lo que de igual modo perfecciona el vínculo. Como se advierte de esto, el observar que ya con la designación queda perfeccionado el vínculo no significa en modo alguno que no estemos ante un contrato administrativo. Por lo demás, si un contrato existe cuando dos o más personas hacen ‘una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos,’ no vemos cómo puede negarse al acuerdo de voluntades entre la administración y su agente, respecto de sus derechos y deberes recíprocos, la naturaleza de contrato, la función a desempeñar, el sueldo a percibir, el horario a cumplir, todos los cuales están desde luego antepuestos reglamentariamente”.

cada vez más, aceptando una fuerte influencia del derecho laboral sobre el administrativo, que entiende la necesaria aplicabilidad de las normas y los principios del Derecho del trabajo,²⁴ como también veremos a continuación.

Aquí debemos detenernos y complejizar la cuestión, no tanto por un factor histórico y doctrinario, sino por las importantes consecuencias que implica definir la naturaleza contractual y laboral del empleo público.

Sobre el carácter laboral resulta predominante la jurisprudencia que entiende la necesaria aplicabilidad de las normas y los principios del derecho del trabajo, en los que, como sabemos, la legislación tiene una predisposición normativa, interpretativa y de presunciones a favor del trabajador.²⁵

Pero, por otro lado, cierta tradición del Derecho Administrativo tiende a interpretar que por ser el Estado parte y ámbito de desarrollo de la actividad, debe darse la prioridad al Derecho Público, con un alto margen para la discrecionalidad, teniendo a su favor la presunción de legitimidad de los actos de la Administración y, por tanto, a los principios del Derecho Administrativo regulados por ley, reglamentados por decretos y operados por los mismos funcionarios del Poder Ejecutivo. Aquí hay una tendencia a superar la tensión *pro Estado* en detrimento de los agentes públicos y los ciudadanos.

En la cuestión laboral (Estado vs. trabajadores o agentes públicos), uno podría pensar aquí en la preponderancia del Derecho Administrativo sobre el Derecho del trabajo. Sin embargo, como se indicó previamente, en el primer párrafo del artículo 43 se destaca que la Ciudad protege al trabajo “en todas sus formas”, y se agrega luego que el trabajador posee todos los derechos establecidos en la CN, que se atiene a los convenios ratificados y que considera las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. Debe entenderse, por tanto, que los agentes públicos de la Ciudad están comprendidos dentro de

24. Sobre materia laboral en cuestiones de competencia, donde el contenido de lo laboral desplaza la materia Contencioso Administrativo Federal, véase la sentencia interlocutoria de la causa N° CNT 10959/2016/cal, “Mutuberry Lanzani, Valeria María Josefina c/Honorable Senado de la Nación s/acción de amparo”, Juzgado N° 5, 19/04/2016, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III.

25. Ver CCAyT Sala I, “Ruiz, María Antonieta y otros c/GCBA s/cobro de pesos”, Expte. N° 684/0, sentencia del 01/04/2004.

estos postulados y que por ello estos principios se interpretan y analizan en el caso particular y concreto de manera armónica y sistemática.

A su vez, debe considerarse que, en lo que se refiere al derecho a una justa indemnización (y a otros derechos, como el sueldo anual complementario o las vacaciones), en los supuestos del personal transitorio, eventual o contratado, la jurisprudencia de la CSJN ha sido oscilante: a veces parcial y singularizada (es decir, solamente se refiere al caso concreto, sin realizar mayores precisiones), y a veces ambigua. Sin embargo, la tendencia de la última década es la que reconoce, cada vez con más escrupulosidad, el carácter laboral del contrato administrativo celebrado entre el agente público y el Estado. Por ejemplo, se está consolidando cada vez más el reconocimiento expreso a los agentes públicos en situación de cierta precariedad laboral (es decir, que no son de planta permanente) de los derechos y principios establecidos en la legislación, doctrina y jurisprudencia laboral como indemnización y preaviso, entre otros.²⁶ Aquí la tensión se manifiesta *pro laboro* frente al Estado.

26. Ver los siguientes fallos de la CSJN: “Ramos, José Luis c/Estado Nacional s/indemnización por despido”, sentencia del 6 de abril de 2010; “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa “Martínez, Adrián Omar c/Universidad Nacional de Quilmes”, sentencia del 6 de noviembre de 2012; “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa D’Atri, Marisa Elizabeth c/Universidad Nacional de Quilmes s/despido”, sentencia del 17 de septiembre de 2013; “Sánchez, Carlos Próspero c/Auditoría General de la Nación s/despido”, sentencia del 6 de abril 2010; “Cerigliano, Carlos Fabián c/GCBA U. Polival. de Inspecciones ex Direc. Gral. de Verif. y Control”, sentencia del 19 de abril 2011. Sobre el particular, ver voto mayoritario de Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, en S. C. R. 354, L. XLIV, “Ramos, José Luis c/Estado Nacional s/indemnización por despido”, sentencia del 6 de abril de 2010, ya citado: “A iguales resultados conducen diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional que enuncian el “derecho a trabajar” (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23.1; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre art. XIV; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art. 6.1, y Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5.e.i), el cual debe ser considerado “inalienable de todo ser humano”, en palabras expresas de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1.a). En efecto, el citado derecho a trabajar, así como “[e]ngloba todo tipo de trabajos” e impone al Estado claras obligaciones de respetarlo y protegerlo (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 18. El Derecho al Trabajo, 4/11/2005, E/C.12/ GC/18, párrs. 6, 22 y *passim*), comprende inequívocamente, entre otros aspectos, el “derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo” (“Vizzoti”, Fallos: 327:3677, 3690). “En el marco de una relación laboral en la cual el Estado se constituye en empleador –expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, este evidentemente debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos [74], ya que la inobservancia de

Observemos otras dimensiones del problema: una *desventaja* que se manifiesta ocurre cuando se piensa en que si se considera al trabajador dentro de la esfera del Derecho Administrativo, esto puede significar que algunas de sus prerrogativas queden más limitadas, salvo que el sistema normativo lo contemple. Por ejemplo, en el caso del *derecho de huelga* en los servicios públicos, se han regulado limitaciones que no existen en el sector privado. En el derecho disciplinario, también algunos doctrinarios entienden que las garantías al debido proceso deben interpretarse de manera más *restringida* que en el proceso penal y, por tanto, no estarían vigentes en su plenitud la garantías que tiene cualquier ciudadano en la CN.²⁷ Sin embargo, para otra postura doctrinaria, en la investigación de los hechos ilícitos en los sumarios administrativos, debe respetarse el derecho al debido proceso;²⁸ es decir, resultan aplicables los principios del Derecho Penal y Procesal Penal.²⁹

Los mismos tribunales de Ciudad han fallado acorde a esta línea jurisprudencial. En el caso “Mazza”, el TSJ de esta Ciudad destacó que

... [e]n verdad, tanto en primera como en segunda instancia, los jueces advirtieron que la utilización de un mecanismo de designación transitoria para mantener la relación de empleo durante 7, 8 o 10 años, constituye un fraude laboral o una lesión a las reglas de buena fe que debe guiar la actuación del Estado con sus agentes.³⁰

este deber genera la responsabilidad estatal interna e internacionalmente” (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17/9/2003, Serie A N° 18, párr. 139).

27. Apesteguía, Carlos, *Sumarios administrativos*, Buenos Aires, Ediciones La Roca, 2008, capítulo III y VI.

28. El derecho al debido proceso adjetivo no sólo surge de principios constitucionales, leyes administrativas y Tratados Internacionales, sino del propio Régimen de Empleo Público, es decir, el artículo 29 de la Ley N° 25164, que dispone expresamente que “el personal comprendido en ámbito de aplicación del presente régimen tiene derecho a que se le garantice el debido proceso adjetivo, en los términos del artículo 1 inciso f) de la Ley 19549 o la que la sustituya”. Confróntese con capítulo VII sobre Régimen Disciplinario de García Pulles, Fernando (dir.), *Régimen de empleo público en la Administración nacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª edición, 2010, p. 284 y ss.

29. Sobre las relaciones entre el Derecho Penal, el Derecho Administrativo disciplinario, las debidas garantías en un Estado de derecho y su relación con los derechos del individuo, confrontar con Zaffaroni, Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 204 y ss.

30. TSJ CABA, “GCBA c/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Mazza, Guillermo O. y otros c/GCBA s/cobro de pesos’”, Expte. N° 162/07, 18/07/2007,

En la misma línea argumental, la Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero CAyT entendió que

... el problema reside en la utilización de diversas formas de contratación más allá de los fines previstos por la norma, por ejemplo, la renovación de los contratos sin solución de continuidad. (...) [r]esulta una transgresión al ordenamiento jurídico transformar la regla particular (contrataciones por tiempo determinado para ejercer un trabajo eventual), en general (y de esa forma coartar el derecho a la estabilidad de los empleados estatales que realizan tareas propias de la administración por tiempo indefinido), porque de esa manera se incurre en lo que se conoce habitualmente como “fraude laboral”.³¹

Así también, con la firma de la República Argentina de los instrumentos internacionales y su posterior elevación a la jerarquía constitucional, luego de la reforma de 1994, es claro que la laboralización del empleo público se ha tornado un proceso irreversible.

DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DE LA CIUDAD

La Constitución de la Ciudad garantiza un Régimen de Empleo Público (REP) que asegura estabilidad y capacitación a los agentes públicos de la planta permanente. Por su parte, la Ley N° 471 de la Ciudad es la que regula el REP y dispone que el sistema resulta aplicable al personal de la Administración Pública dependiente del Poder Ejecutivo, incluidos los entes jurídicamente descentralizados, las sociedades estatales y el personal dependiente de las comunas (artículo 4).

En rigor, no todo trabajador de la CABA goza de todos los presupuestos del REP, puesto que los trabajadores de carácter transitorio o eventual, los miembros de la planta gabinete (artículo 39) y los trabajadores contratados en general no gozan de los derechos a la estabilidad, a la capacitación, o al ingreso o ascenso por concurso, como los de plana permanente. La norma destaca, también, que no se encuentran comprendidos aquellos que tienen estatutos particulares, es decir, docentes, policía metropolitana, salud, personal de los tribunales porte-

del voto del Dr. Maier.

31. CCAyT Sala I, “Altamirano, María Ester c/GCBA s/amparo”, Expte. N° 30.980/0, sentencia del 16 de octubre de 2009.

ños como magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Ciudad (artículos 5 y 66). Tampoco se encuentran comprendidos los empleados del Poder Legislativo, determinados funcionarios jerárquicos y los pertenecientes a los entes de control.

Asimismo, la ley destaca expresamente que no es aplicable la Ley N° 20744 de Contrato de Trabajo, aunque esto resulte discutible por los fundamentos ya explicitados del reconocimiento expreso de los principios del Derecho laboral para todos los trabajadores de la CABA y por todo lo dispuesto en la materia por la CN, la Constitución de la Ciudad y los instrumentos celebrados por la Argentina.

Ahora bien, en términos estrictamente jurídicos, resulta razonable que un orden normativo excluya a trabajadores de carácter transitorio o eventual y a los miembros de la planta de gabinete de todos los derechos típicos de la función pública y de la carrera burocrática. Sin embargo, lo que ocurre en la Ciudad (como así también en muchas provincias y en el orden nacional) es que existe una suerte de abuso de la contratación eventual, excepcional y a término de trabajadores que no son convocados para la realización de tareas o funciones específicas o de prestación de servicios que presentan dicha transitoriedad y que, sin embargo, aparecen formalmente con contratos precarios que se van renovando con el tiempo.³² Este problema que, reiteramos, no es sólo de la Ciudad, ha sido contemplado expresamente por la CSJN y por los tribunales de la Ciudad, tema que será desarrollado más adelante.

Por otro lado, corresponde destacar que en general se interpreta por estabilidad al derecho que posee el empleado público de carrera a conservar el empleo, el nivel y el grado, salvo que fuera removido de su función por cesantía o exoneración, jubilación, renuncia o muerte. Este es el tipo de estabilidad que la doctrina ha denominado estabilidad propia, y se diferencia de la impropia porque en ella el Estado retiene el derecho a despedir al agente a través de una ley o de una decisión de la Administración Pública (que a su vez debe estar autorizada por una ley), en determinadas circunstancias.

El sistema diseñado en la Ley N° 471 ha optado por un régimen de estabilidad propia al disponer que, como principio general, los traba-

32. Menéndez, Nicolás Diana, "La múltiple dimensión de la precariedad laboral: el caso de la Administración Pública en Argentina", *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Costa Rica*, 2009-2010.

jadores de la planta permanente tienden a conservar el empleo hasta que se encuentren en condiciones de jubilarse, en tanto se cumplan los requisitos establecidos por la norma para su reconocimiento y conservación. El mismo artículo aclara que la estabilidad no es extensible a las funciones del agente, lo que no hace más que confirmar una vieja doctrina y jurisprudencia que dice que las funciones pueden ser cambiadas o alteradas por una decisión de la Administración a través de un acto discrecional dispuesto por la autoridad competente. Desde el punto de vista normativo, se ha reconocido la facultad del Poder Legislativo de fijar un límite temporal de estabilidad legal en determinadas funciones específicas,³³ o a dictar leyes de prescindibilidad y de disponibilidad autorizando al mismo Poder Ejecutivo a declarar prescindibles³⁴ o disponibles a determinados

33. Es el caso del art. 34 de la Ley N° 471, que tiene como objetivo evitar la eternización y burocratización de cuadros gerenciales exigiéndoles una actualización permanente de sus conocimientos y promoviendo una competencia que neutralice la burocratización del cargo. La Cámara revocó una medida cautelar decretada en primera instancia, donde se suspendía el llamado a concurso para cubrir vacantes y que, por tanto, cuestionaba, *prima facie*, la facultad legislativa de limitar a cinco años la estabilidad de los controladores administrativos de faltas, fundado en cuestiones de seguridad jurídica y el principio de igualdad de los concursantes (“Karamanian, Guillermo Alejandro c/GCBA s/incidente de apelación”, Expte. N° A66693-2013/1, sentencia del 28 octubre de 2015).

34. Por supuesto que esto ha dado lugar a numerosos abusos, en especial en los regímenes de facto (ver Gordillo, Agustín, *op. cit.*, cap. XIII-30). Se ha indicado al respecto que “[l]a Ley N° 471 se encuentra plenamente ajustada a derecho, en la medida que, si bien excluye expresamente la estabilidad en las funciones (art. 36), contempla la estabilidad en el empleo (art. 9 inc. ñ) y preserva el nivel salarial alcanzado por el trabajador (art. 68). Asimismo, el régimen de disponibilidad regulado en el capítulo XIII del cuerpo legal citado tiene por objeto la reubicación de los trabajadores comprendidos (art. 56), tratándose de una situación de revista transitoria y excepcional (art. 41) que –en cuanto concierne a la cuestión debatida en autos– alcanza a los actores en virtud de la supresión de sus funciones y del órgano en el cual prestaron servicios, con motivo de la reforma institucional (art. 57 inc. a). Además, el período de disponibilidad debe establecerse teniendo en cuenta la antigüedad de los agentes, comprender alternativas especiales de capacitación y reconversión, y/o una compensación bonificada por egreso (arts. 57 inc. a y 58). Esta última alternativa –egreso compensado económicamente– resulta conforme con el criterio fijado en forma reiterada por la jurisprudencia de la CSJN que, al admitir la validez constitucional de las leyes de prescindibilidad, las consideró compatibles con la garantía de estabilidad en el empleo público, pues esta no comporta un derecho a la permanencia en el cargo, sino, a todo evento, a la percepción de ‘un equitativo resarcimiento cuando –por razones de su exclusiva incumbencia– el Poder Legislativo decide suprimir un empleo o el Poder Ejecutivo remover a un empleado, sin culpa de este’ (Fallos: 304: 972; 307:1189, entre muchos otros). En consecuencia,

agentes por un procedimiento diseñado por la propia ley. Como ya se ha expresado, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido oscilantes, en el último medio siglo, con respecto a la manera de interpretar la naturaleza de la estabilidad del agente público.

Asimismo, el artículo 43 dispone que tanto la estabilidad como la capacitación de los agentes públicos están basadas en la *idoneidad* funcional, exigencia que está normada también en la CN (artículo 16) y en la legislación nacional. En términos generales, se define a la idoneidad como aquella aptitud física y técnica necesaria para desempeñar las tareas que se le asignan al agente público, por lo cual el aditamento que hace la norma de una idoneidad de carácter funcional puede ser redundante.

En el orden nacional, la CSJN ha dictado el fallo “Madorrán”, en el que se ha establecido que el artículo 16 de la Constitución Nacional dispone que la idoneidad sea una condición para ser empleado público y que para despedir al trabajador se deba probar la causa. Esto quiere decir que se debe demostrar que dejó de ser idóneo y que el despido de un agente público no puede realizarse sin la invocación de una causa justificada y razonable.

Así también, debemos destacar el caso “Schneiderman” de la CSJN, en el que se falló a favor de un agente que había sido designado por concurso público y, mientras se hallaba en el período de prueba, se le canceló la designación sin acreditarse la causa de ese acto administrativo ni haberse explicitado los fundamentos de la decisión (falta de motivación).

Esta jurisprudencia de la Corte se ha ido desarrollando a través de la idea de que las fórmulas abstractas y generales como “razones de reorganización administrativa”, “necesidades operativas” o “razones de oportunidad, mérito y conveniencia” son insuficientes para motivar el acto administrativo.³⁵

valorando la razonabilidad de la solución normativa consistente en la situación de disponibilidad, por hallarse fundada respecto a los demandantes en la supresión de sus funciones y del órgano en el cual prestaron servicios, y que las alternativas previstas por el legislador, por sí solas, no desnaturalizan la garantía de estabilidad, corresponde concluir que el régimen cuestionado no resulta inconstitucional” (CCAyT, Sala I, “Ambrosetti, Alicia María y otros c/GCBA”, causa N° 291-00, del voto de Dra. Inés M. Weinberg de Roca, de fecha 4 de mayo de 2001).

35. Ver CSJN, S.2488, L.XLI, “Schneiderman, Ernesto Horacio c/Estado Nacional Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación (recurso de he-

En el caso de que pudiera acreditarse que un acto de desplazamiento, de cambio de funciones o una cesantía tuviere motivaciones subjetivas de carácter arbitrario, el acto podría estar también viciado de *finalidad* (otro elemento esencial del acto administrativo) en atención a que no tendría por objeto las –insuficientes– “razones” generales u organizaciones (que en general se suelen invocar), sino que existiría un ánimo deliberado de promover el despido por discriminación política, personal, sindical, etc. En el mismo sentido el TSJ y la CCAyT han dictado fallos condenatorios contra la Ciudad en casos donde la disponibilidad no fue debidamente fundada. Aquí la tensión agente público vs. Estado se resuelve a favor del trabajador, no sólo en su carácter de agente público, sino también como ciudadano titular de los derechos y garantías en el debido proceso, y como titular del derecho democrático a conocer las razones (motivación y causa) de la decisión administrativa. Los Tratados Internacionales incorporados asignan un grado similar de protección; así también, en la esfera regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado el fallo “Baena”, a cuya lectura me remito por razones de brevedad.

En la CABA existe un régimen de disponibilidad que –dice el artículo 56 de la Ley N° 471– podrá ser declarado en cuatro casos, a saber: cuando determinados cargos o funciones u organismos en los que el trabajador preste servicios hubiesen sido suprimidos por razones de reestructuración; en aquellos casos en que el agente hubiese sido calificado negativamente en la evaluación anual de desempeño; cuando el agente hubiese sido suspendido preventivamente; y cuando su traslado se hubiese dispuesto por considerarse, presuntivamente, incurso en falta disciplinaria. La normativa dispone que los trabajadores que no fueren reubicados durante el período de disponibilidad cesarán en sus cargos, haciéndose acreedores de una indemnización.

cho)”, sentencia del 8 de abril de 2008; S. 897. XLV, “Silva Tamayo, Gustavo Eduardo c/PEN - Sindicatura General de la Nación, resol. 58/03 s/empleo público”, sentencia del 27 de diciembre de 2011; “Giuntoli, María Cristina Juana c/EN-M Justicia - Seguridad Justicia - Seguridad y DDHH-IGJ-Resol. 51 y 55/03 s/proceso de conocimiento”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, confirmado por la CSJN. Ver también: CCAyT Sala III, “Yolde, Marcelo Orlando c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/revisión de cesantías o exoneraciones de empleo público”, Expte. N° 3561/o.

Como primera cuestión esta legislación posee algunos problemas técnicos e interpretativos, puesto que entre las causas de extinción del empleo público³⁶ no se encuentra contemplado el instituto de la disponibilidad.

El convenio colectivo ha diseñado una evaluación anual de desempeño laboral, que pondera las competencias, aptitudes y actitudes laborales del trabajador. En caso de que un agente público tuviera dos evaluaciones negativas en forma consecutiva o tres alternadas en un plazo de cinco años, la normativa habilita a que la autoridad competente lo encuadre dentro del régimen de disponibilidad. Entonces el agente pasaría a revistar presupuestariamente en un denominado Registro de Agentes en Disponibilidad (que funciona en el ámbito de la Secretaría de Recursos Humanos) y, si luego de un determinado período no fuera reubicado, la Administración Pública tendría derecho a disponer su baja abonando la correspondiente indemnización.

DERECHO DEL TRABAJO Y DISCAPACIDAD

Con respecto a las personas con discapacidad, se establece que debe asegurarse un cupo mínimo del cinco por ciento del personal destinado a la incorporación gradual, *en la forma que la ley determine*, de este colectivo.

Por cierto, las personas con discapacidad suelen ser marginadas como consecuencia de prejuicios sociales. Justamente uno de los ámbitos en los que este grupo social encuentra mayores obstáculos a su integración es en el ámbito laboral. Es por ello que por medio de esta previsión constitucional se procura proteger a un grupo social que, debido a su condición, históricamente ha sido víctima de discriminaciones y se ve particularmente afectado en la integración social y laboral. Esta circunstancia es la que justifica un especial tratamiento constitucional por medio de una imposición que procura corregir cualquier tipo de desigualdad que pudiese existir al respecto.

Además de la norma que se comenta, el artículo 42 del mismo texto legal se refiere a este colectivo social. Así, establece que la Ciudad

36. Ver artículo 59 de la Ley de Empleo Público sobre la extinción de la relación de empleo público.

“[e]jecuta políticas de promoción y protección integral, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral”.

El texto de ambas normas debe, a su vez, ser interpretado a la luz de lo dispuesto por los diversos instrumentos de Derecho Internacional de los derechos humanos ratificados por el Estado Nacional que gozan de jerarquía constitucional (cfr. artículo 75, inciso 22 Constitución Nacional), con plena vigencia en esta Ciudad según lo dispuesto por el artículo 10 de la CCABA. Dentro de dichos instrumentos encontramos la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley N° 23378) –cuyo propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente–, que define a las personas con discapacidad como “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (cfr. artículo 1).

Por lo pronto, cabe destacar que la expresión elegida por la Convención Constituyente para referirse a este grupo social es el de “personas con necesidades especiales”, a pesar de que diversos documentos de Derecho Internacional de los derechos humanos utilizan el término “personas con discapacidad”.³⁷

En el marco de esta norma en análisis, se dictó la Ley N° 120, cuyo artículo 2 enuncia como uno de los objetivos de la política de empleo de la CABA el de “[p]romover políticas de apoyo para el empleo de las personas con necesidades especiales”. El artículo 12 de esta enuncia las diferentes prioridades a las que deben atender los programas destinados a fomentar el empleo, las que, según se indica allí, deberán estar destinadas preferentemente a “personas con necesidades especiales”.

37. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Declaración de Derechos de las personas con discapacidad, la Convención Interamericana para la eliminación de todas formas de discriminación contra las personas con discapacidad, entre otros.

Por su parte, la Ley N° 471 en su artículo 68 establece que

... [e]l Poder Ejecutivo establecerá los mecanismos y condiciones a los fines de garantizar el cumplimiento del cupo previsto para las personas con necesidades especiales de conformidad con lo establecido en el artículo 43 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debiendo asegurarse además la igualdad de remuneraciones de estos trabajadores con los trabajadores que cumplan iguales funciones en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Agrega luego la norma que la convocatoria de las personas con necesidades especiales debe hacerse de forma tal que queden claramente establecidas las labores que realizará cada persona en la unidad administrativa correspondiente, a fin de que tales derechos individuales garantizados por la misma ley afecten la prestación de los servicios, mandando también a elaborar un registro por unidad administrativa que contenga el listado de trabajadores con discapacidad y las tareas que desempeñan o bien que pudieran desempeñar.

Otros artículos de la misma ley abordan también cuestiones relativas a las personas con necesidades especiales. Así, el artículo 21 reconoce el derecho de los trabajadores comprendidos en ella a una licencia especial anual para atender a un familiar con necesidades especiales, sea por causas congénitas o sobrevinientes, de hasta veinte días corridos con goce de haberes y, vencido este término, se reconoce el derecho a una licencia especial anual de hasta veinte días corridos sin goce de haberes. El artículo 34 también prevé una licencia deportiva especial con goce de haberes y de hasta sesenta días para trabajadores de la Ciudad que sean deportistas aficionados cuando esté motivada en la participación en competencias o reuniones deportivas para personas con necesidades especiales.

Asimismo, en el marco del cumplimiento de lo dispuesto por la Constitución local, la Legislatura dictó la Ley N° 1502 (reglamentada por el Decreto N° 812/2005) de Incorporación de Personas con Necesidades Especiales al Sector Público de la Ciudad. El artículo 1 de esta ley enuncia el objeto de la norma, que consiste en “regular la incorporación, en una proporción no inferior al cinco por ciento, de las personas con necesidades especiales al Sector Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

El artículo 4 dispone que la incorporación de personas “con necesidades especiales será gradual y progresiva” para cubrir el cupo del cinco por ciento, calculado sobre la base de la totalidad del personal que revista en la planta permanente de cada una de las jurisdicciones y entidades que constituye el ámbito material de aplicación de la ley y que se enuncian en su artículo 2. Se establece también en el artículo 4 que la incorporación de este personal “deberá efectuarse en el plazo máximo e improrrogable de cinco años a partir de la sanción de la presente Ley”, agregando que, para que la incorporación se realice en tiempo y forma, debe ser gradual, “efectuándose en al menos un dos por ciento en los dos primeros años”.

Se dispone allí también que, a los fines de cumplir con lo dispuesto por el artículo 4 citado previamente, las vacantes que se produzcan en las jurisdicciones y entidades de la Ciudad que queden alcanzadas por la norma (cfr. artículo 2) deben ser prioritariamente cubiertas por las personas con necesidades especiales que acrediten las condiciones e idoneidad para el puesto o cargo que deba cubrirse (artículo 5).

La norma prohíbe establecer preferencias respecto de la tipología de la discapacidad, y aclara que la única condición consiste en que la capacidad del aspirante permita el ejercicio de la función a desempeñar (artículo 6).

El capítulo II (artículo 9 y siguientes) crea también el Registro Laboral Único de Aspirantes con Necesidades Especiales a cargo de la Comisión para la Plena Participación e Integración de las Personas con Necesidades Especiales (COPINE). Dicho registro tiene por objeto facilitar la incorporación de las personas con necesidades especiales en los plazos y condiciones establecidos en la ley, mediante la inscripción de aquellas que aspiren a obtener un empleo en las jurisdicciones y entidades enunciadas en el artículo 2 de la norma.

Al respecto de la temática en estudio, cabe citar el caso “Barila”,³⁸ que se trató de un amparo colectivo iniciado por el Sr. Santiago Barila para que se ordene al Jefe de Gobierno a dar cumplimiento con el mandato del artículo 43 del ordenamiento constitucional asegurando un cupo del cinco por ciento del personal para las personas con necesidades especiales, con incorporación gradual en la forma que la ley

38. “Barila, Santiago c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. N° 22076/o.

determine. Se indicó en el fallo que el incumplimiento de esa manda constitucional constituye una forma de discriminación que afecta los derechos colectivos a la igualdad, al trabajo y la integración del conjunto de las personas con discapacidad. Por lo tanto, se condenó al GCBA a sustanciar, dentro de los sesenta días a partir de encontrarse firme este decisorio, los respectivos concursos (o procedimientos administrativos que se estimen pertinentes, cfr. Ley N° 471, Ley N° 1502 y su decreto reglamentario), entre las personas inscriptas en la COPIDIS, con observancia del recaudo de idoneidad (cfr. artículo 5, Ley N° 1502). Asimismo, en forma cautelar, se ordenó al GCBA que se abstuviese de designar persona alguna en esos cargos y que, en lo sucesivo, todo contrato de empleo que se celebre, bajo la modalidad que sea, lo realice con personas inscriptas en el registro establecido en el artículo 9 de la Ley N° 1502. Sólo en el caso de que no exista persona inscripta que cumpla el recaudo de idoneidad necesario, la repartición de que se trate se encontraría eximida de proceder en tal sentido.

Por último, debe destacarse que el Reglamento Interno del Poder Judicial de esta Ciudad establece en el artículo 16 que debe garantizarse como mínimo, en todos los ámbitos, el cumplimiento de la cobertura del cupo del 5% del personal de planta permanente de cada una de las áreas, con el ingreso de personas con discapacidad según lo dispuesto en el espíritu de la Ley N° 1502, computándose por separado al Consejo de la Magistratura y a cada una de las ramas del Ministerio Público local.

Se agrega allí también que deben garantizarse los ajustes razonables (conforme la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) en los puestos de trabajo, tareas y edificios a través de la implementación de apoyos y adaptaciones, de manera tal que las personas con discapacidad puedan desempeñarse adecuadamente y según su primordial interés, siempre que ello fuera posible. Además, según dicha norma debe realizarse el acompañamiento necesario desde las oficinas de discapacidad del Consejo y el Ministerio Público, a fin de asegurar una efectiva participación de las personas con discapacidad en la vida laboral y evitar cuestiones de discriminación y/o de desigualdad de oportunidades en la carrera judicial. Se dispone expresamente allí el efectivo cumplimiento del Registro de Trabajadores y Trabajadoras con Discapacidad que establece el artículo 12 de la

Ley N° 1502. También se indica en dicha norma que las regulaciones contenidas en el reglamento, “especialmente las referidas a jornadas de trabajo y licencias, deben interpretarse de modo amplio y flexible en los supuestos de aplicación a las personas con discapacidad a los fines de garantizar los tratamientos, descansos o requerimientos que las mismas soliciten”.

LOS DERECHOS COLECTIVOS DE TRABAJO

La negociación colectiva y los procedimientos de solución de conflictos que reconoce a los trabajadores estatales el artículo 43 de la Constitución local fue reglamentada por la Ley N° 471, Título II.

Allí se incluye la regulación de organismos como la Comisión Negociadora (artículos 73 y 74), la Comisión Paritaria de Interpretación (artículo 93) y la Comisión de Conciliación (artículo 95). Asimismo, se indica en la norma que conservarán su vigencia los estatutos especiales hasta tanto sean reemplazados por un convenio colectivo (artículo 66).³⁹

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE TRABAJO

Finalmente, el artículo 43 culmina su redacción al establecer que “el tratamiento y la interpretación de las leyes laborales debe efectuarse conforme a los principios del derecho del trabajo”.⁴⁰

Los principios del Derecho del trabajo a los que hace referencia la norma son los siguientes: el principio protector (que incluye el *indubio pro operario* y la regla de la norma más favorable), el principio de irrenun-

39. A modo de ejemplo, cabe destacar que en noviembre de 2015 se firmó el Convenio Colectivo de Trabajo del sector de empleo público del Poder Judicial de la CABA (v. Anexo I de la Resolución Presidencial N° 1259 /2015 del Consejo de la Magistratura de la CABA).

40. En cuanto a estos principios, el Convencional Bisutti señaló: “En nuestro país, en materia laboral y de seguridad social rigen los principios básicos del derecho del trabajo, como indemnidad, progresividad, el protectorio y otros. La inclusión de estos principios del Derecho del trabajo en el presente texto como base interpretativa para nuestros futuros jueces, e informativa y rectora para nuestro Poder Legislativo y para el Gobierno de la Ciudad, son sumamente importantes ya que son parte de nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina” (*Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996, op. cit.*, T. 3, p. 606).

ciabilidad, la continuación de la relación laboral, el principio de primacía de la realidad, de razonabilidad, de buena fe y de trato igualitario.⁴¹

Por cuestiones metodológicas, haré una mención particular del principio de primacía de la realidad por la importancia que reporta para el Derecho del trabajo, y por ser el que determina, en definitiva, si existe o no un vínculo laboral entre las partes. Según este principio, que encuentra su fundamento especialmente en la buena fe y en la dignidad humana, existe primacía de los hechos sobre las formas, las formalidades o las apariencias. Recalde menciona que este principio de primacía de la realidad “establece que para la interpretación de las relaciones laborales se debe prescindir de las denominaciones que las partes den discrecionalmente a las vinculaciones jurídicas y se debe desentrañar su verdadera naturaleza”.⁴² Rodríguez Mancini indicó que este principio

... se manifiesta en la imperatividad del tipo legal del contrato y de la relación de trabajo como derivación del principio protectorio, pero aun con mayor amplitud incluye la desestimación de todo lo que implique privar al trabajador de la protección que le conceden las normas, y numerosas disposiciones especiales preventivas del fraude y de la simulación.⁴³

También se dispuso que “la primacía de la realidad sirve para cubrir aquellas divergencias inspiradas intencionalmente como las originadas en error involuntario, preservando la verdad sobre cualquier intento o tentación de apartarse de ella”.⁴⁴ Esta circunstancia es de suprema importancia si se tienen en consideración los diversos casos

41. Para un mayor desarrollo, recomiendo la lectura de Rodríguez Mancini, Jorge (dir.), *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 50 y ss.

42. Recalde, Héctor P., *Política laboral ilustrada. Drama y humor*, Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2001, p. 121.

43. Rodríguez Mancini, Jorge, *op. cit.*, p. 56 y ss.

44. *Ibidem*, p. 57. Al respecto, este mismo autor manifestó que “además del empleo clandestino, existen modalidades y vericuetos de la misma gravedad, como son, entre otros, la simulación de la realidad en contratos como los de pasantía o aprendizaje, donde se disfraza a un trabajador con un delantal de alumno, puesto encima de mameuco; las modalidades sin estabilidad en el empleo, las agencias de trabajo temporario, más la implicancia fraudulenta con que se articulan estos contratos de trabajo flexibles que comenzaron con la ley de contrato de trabajo”.

de fraude a las normas del Derecho Laboral, que representan el mayor porcentaje de casos que llegan a los estrados judiciales.

A modo de cierre del presente análisis, amerita realizar una especial referencia a la postura adoptada por el Dr. Horacio Corti a partir de la causa “Ruiz” ya citada.⁴⁵ Al respecto, destacó que

... en las disposiciones del artículo 43 CCABA subyace la idea de [que] la relación de empleo público también configura una relación laboral, de ahí la justificación de trasladar principios propios del Derecho del Trabajo al Derecho Administrativo, siempre que resulte lógico y razonable (...), este artículo debe interpretarse como un intento del constituyente de aplicar al ámbito del Derecho Administrativo (empleo público) los principios del Derecho Laboral, en la medida en que ellos resulten compatibles con las características propias del Derecho Administrativo, en particular, con el régimen jurídico del personal del Estado.

Así es que concluyó que al principio “igual remuneración por igual tarea”, ya aplicable al empleo público, se le han sumado los principios de “indemnidad del trabajador”, el de “retribución justa”, el “*in dubio pro operario*” y la aplicación genérica del principio protectorio.⁴⁶

Artículo 44

La Ciudad reafirma los principios y derechos de la seguridad social de la Constitución Nacional y puede crear organismos de seguridad social para los empleados públicos. La ley no contempla regímenes de privilegio.

Ejerce el poder de policía del trabajo en forma irrenunciable, e interviene en la solución de los conflictos entre trabajadores y empleadores.

Genera políticas y emprendimientos destinados a la creación de empleo, teniendo en cuenta la capacitación y promoción profesional con respeto de los derechos y demás garantías de los trabajadores.

La presente norma regula diversas cuestiones vinculadas con el rol del Estado frente al Derecho del trabajo y, principalmente, de la figura del trabajador. En este sentido, el artículo se refiere principalmente a la seguridad social, al poder de policía del trabajo y la solución de con-

45. CCAyT Sala I, “Ruiz, María Antonieta y otros c/GCBA s/cobro de pesos”, Expte. 684/O, sentencia del 01/04/2004, ya citada.

46. CCAyT CABA, Sala I, “Mazza, Guillermo José Osvaldo y otros c/GCBA s/cobro de pesos”, Expte. N° 977, 21 de julio de 2006, del voto del Dr. Corti.

flictos laborales y a la generación de políticas y emprendimientos para la creación de empleo (la cultura del trabajo).

LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La seguridad social fue definida por la OIT (agencia internacional dependiente de Naciones Unidas especializada en materia de trabajo)⁴⁷ como

... la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia.⁴⁸

Es decir que, por medio de ella, se procura que los trabajadores y su grupo familiar cuenten con acceso a la asistencia médica y protección contra la pérdida de ingresos ante ciertas contingencias, durante cortos períodos (en caso de desempleo, maternidad o enfermedad) o períodos más extensos (en caso de invalidez o ante un accidente de trabajo). Asimismo, por medio de la seguridad social se proporciona un ingreso a las personas durante su vejez y se beneficia a los niños con programas de seguridad social a fin de coadyuvar a su grupo familiar para cubrir gastos de educación.⁴⁹ En suma, la seguridad social procura mejorar las condiciones de vida de la sociedad y amparar a quien se encuentra en una situación de necesidad, sobre la base del principio de la solidaridad.

La seguridad social es considerada en diversos instrumentos de dicha organización como un derecho humano básico. Entre ellos, cabe mencionar la Declaración de Filadelfia de la OIT (1944) y su Recomendación N° 67 sobre la seguridad de los medios de vida. También está encuadrada como derecho fundamental en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en el Pacto Internacional sobre

47. Para mayor desarrollo del tema, véase el análisis del artículo 43 en la presente obra.

48. Organización Internacional del Trabajo, *Hechos concretos sobre la seguridad social*, disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf

49. Ídem.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Esta calificación de la seguridad social como derecho humano o fundamental se debe a que presenta una profunda repercusión en diversos sectores sociales.

Sobre esta temática, la Constitución local establece que “la Ciudad reafirma los principios y derechos de la seguridad social de la Constitución Nacional”. Por cierto, dichos principios y derechos deben buscarse no sólo en la letra del cuerpo de la CN, sino también de los instrumentos de derechos humanos que han sido elevados a la jerarquía constitucional tras la reforma de 1994 (cfr. artículo 75 inciso 22).

Conforme se desprende del artículo 44 de la CCABA, en la misma línea del artículo 14 bis de la CN, se ratifica en esta norma el compromiso de sostener la vigencia de una política pública que garantice la seguridad social y de la cual las provincias pueden hacerse cargo o participar de manera conjunta con otras instituciones.⁵⁰

En este sentido, el artículo 14 bis de la CN en su último párrafo establece que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, los cuales tendrán carácter de *integral e irrenunciable*, y agrega que

... 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.

Como podrá advertirse, la CN y por lo tanto también la local se encuadran en el sentido y alcance que reconoce la OIT en materia de seguridad social.

También se ha indicado sobre este instituto que “[l]a seguridad social tiene un marcado carácter supletorio, en el cual se debe ubicar al hombre como el centro de protección”,⁵¹ destacando que el Estado:

50. Desde luego que más allá de las diversas interpretaciones que se realizan sobre el estatus constitucional de la CABA, es claro que en estos casos, la Ciudad debería ser asimilada a la categoría de provincia. Cabe destacar que, al respecto, el art. 125 de la CN establece, en su parte pertinente, que “[l]as provincias y la Ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura”.

51. Rodríguez Mancini, Jorge (dir.), *op. cit.*, p. 805.

... tiene responsabilidad social directa respecto de la mencionada protección que debe prodigar a la población, mas no es excluyente. Las personas jurídicas intermedias participan, conforme los objetivos de la política social; se trate de entidades dedicadas al voluntariado, destinadas a dar cobertura a limitaciones, contingencias y a determinados grupos sociales (cobertura de la contingencia de invalidez, vejez y muerte) a través del régimen de capitalización cuando fueren administradas por entidades lucrativas (arts. 1, inc. 2; 40; 67 y concs., Ley N° 24241).⁵²

52. Ídem, p. 805. Este autor señala también que “el seguro social insinúa la aparición de tres principios que serían desarrollados en el estadio siguiente: a) familia tipo, presume la existencia de un jefe de familia masculino incorporado al mercado de trabajo que cotiza al seguro social, y los miembros de su familia, que no tienen ocupación formal, se hallan protegidos (afiliados secundarios); b) biografía laboral, este modelo se basa en que el trabajador labora a lo largo de treinta años o más, en forma continua y a tiempo completo. Sustituirá su salario con el haber jubilatorio al acceder a este beneficio, y c) equilibrio generacional, la sociedad está conformada por tres generaciones que conviven simultáneamente. La primera generación, que es la de los niños y jóvenes, aún no trabaja. La generación intermedia es la de los adultos activos, y una tercera generación es la de quienes ya han dejado en forma parcial o definitiva”; Rodríguez Mancini, Jorge, *op. cit.*, pp. 719-720. Por cierto, el tema de la protección de la familia y la ancianidad ha sido discutido arduamente en la historia constitucional de nuestro país. En la Convención Constituyente de 1949, por ejemplo, SAMPAY indicó que “[l]a familia no encuentra amparo en la Constitución vigente porque la concepción liberal del Estado considera a la Nación como una suma de individuos aislados e iguales ante la ley, y raya toda comunidad natural intermedia entre el Estado y los hombres. Este individualismo jurídico permitió el estrago de la familia obrera, porque el padre recibía el mismo salario del célibe, que no lograba satisfacer las necesidades de su esposa e hijos, y en consecuencia, la mujer debió ir a la fábrica, descuidando la formación moral y la salud de los niños, y estos, antes de tiempo y sin ninguna capacitación técnica, fueron lanzados a la prestación de trabajos retribuidos inicualemente (...). La reforma constitucional tiende principalmente a resguardar y vigorizar la familia (...), a la defensa de los intereses de la familia del trabajador, régimen de protección al trabajo de mujeres y menores, y llegar a la verdadera solución, que consiste en establecer para el obrero, padre de familia, las condiciones de trabajo y las retribuciones que extingan la necesidad de que la esposa y los hijos se desarraiguen del hogar, o que se torne más difícil la atención normal del mismo y la educación de los niños” (Sampay, Arturo, *La Constitución democrática. Con notas y estudio preliminar de Alberto González Arzac*, Buenos Aires, Ed. Ciudad de Buenos Aires, 1999, pp. 165 y 166). Sampay destaca, respecto de lo que denomina derecho de ancianidad, que con el liberalismo se derrumbó el antiguo sistema de previsión social quedando a merced de la ley del patrón. Sobre este punto destaca que con la reforma constitucional de 1949 por primera vez se repone al anciano en la dignidad que le corresponde, y le asigna al Estado “la directiva de una política social, de una política familiar, y también de una política económica (...)” (Sampay, Arturo, *op. cit.*, pp. 167-169).

Cabe destacar que el convenio 102 de la OIT, relativo a la norma mínima de la seguridad social (entrado en vigor el 27 de abril de 1955), comprende nueve contingencias y es considerado, en líneas generales, como el contenido típico de la seguridad social. En este sentido, se dispuso que regule las siguientes prestaciones: prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, de vejez, en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesionales, prestaciones familiares, de maternidad, prestaciones de invalidez y de sobrevivientes (muerte). Estas contingencias pueden clasificarse según su origen. A saber: origen patológico (enfermedad, invalidez, accidente del trabajo y enfermedades profesionales), contingencias de origen biológico (maternidad, vejez y muerte) y las de origen socioeconómico (desempleo y cargas familiares).⁵³

Debe advertirse que, si bien la cuestión previsional es un tema de naturaleza federal, en el caso “Sánchez”, la CSJN destacó que en atención a la necesidad de alcanzar los beneficios de la seguridad social, debían reconocerse facultades concurrentes entre la Nación y las provincias, sin que las irrenunciables funciones del Estado Nacional pudieran significar la existencia de un monopolio a favor de esta, por lo cual no puede desconocerse la competencia de las provincias para crear sistemas de seguridad social destinados a sus agentes públicos.⁵⁴

LA POLICÍA DEL TRABAJO DE LA CIUDAD

El artículo 44 también dispone que la Ciudad ejerce el poder de policía del trabajo en forma irrenunciable e interviene en la solución de conflictos entre trabajadores y empleadores.

La Ciudad ejerce el poder de policía del trabajo desde el año 2001, a partir del momento en que se celebró el Convenio N° 44, del 30 de agosto de 2011, con el Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos de la Nación. Con la sanción de la Ley N° 265 (publicada en el BO del 30 de diciembre de 1999) de Competencias de la Autoridad Administrativa del Trabajo de la Ciudad de Buenos Aires, se acordó que cesa-

53. Rodríguez Mancini, Jorge, *op. cit.*, p. 767.

54. Sagüés, Néstor, *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 3ª ed., 1999, T. 2, p. 693 y ss.

ba el poder de policía en materia laboral que ejercía el Ministerio citado, cuyas funciones asume en la actualidad el Gobierno local.

Sobre este punto cabe destacar que como el ejercicio del poder de policía (en este caso, la policía del trabajo) implica siempre la reglamentación y limitación de derechos de trabajadores, resultaba insoslayable que, para que dicha competencia pueda ser ejercida por el Poder Ejecutivo de la Ciudad, se dictara una ley en sentido formal que la reglamente. Fue lo que efectivamente tuvo lugar en el año 1999 con la sanción de la Ley N° 265 antes mencionada.

El artículo 2 de esta ley enuncia las diferentes funciones de la autoridad administrativa del trabajo de la Ciudad, las cuales se vinculan de forma directa con la fiscalización, control y sanción por incumplimiento de las normas relativas al trabajo; las normas de salud, higiene y seguridad en el trabajo; las de seguridad social; y las cláusulas de los Convenios Colectivos de Trabajo (inciso a); el deber de garantizar la tutela de los menores en el trabajo y aplicar de forma estricta las normas que prohíben el trabajo infantil (inciso b); la intervención en los conflictos individuales y colectivos de trabajo, procurando la autocomposición de puestos mediante procedimientos de conciliación y arbitraje voluntario (inciso c); el registro de empleadores y la rúbrica de documentación laboral (inciso d); el diseño e instrumentación de los programas y proyectos tendientes a dinamizar las relaciones laborales y promover la negociación colectiva (inciso e); elaborar políticas de capacitación y recalcificación de los trabajadores y programas de incentivos y promoción de empleo (inciso f); asesoramiento gratuito a los trabajadores en todo lo relativo al trabajo y la seguridad social; y el otorgamiento de patrocinio letrado gratuito para los trabajadores que se sometan al procedimiento de solución de controversias en instancia administrativa (inciso g).

Por su parte, corresponde destacar que bajo el Título II de la ley (artículos 3 a 35) se encuentra regulado todo lo relativo a la policía del trabajo en esta Ciudad, cuya competencia consiste en fiscalizar y controlar el cumplimiento de las normas relativas al trabajo, a la salud, la higiene y la seguridad en el trabajo, la seguridad social y las cláusulas normativas de los convenios colectivos de trabajo (artículo 3). Dicho título incluye también la descripción de las facultades de inspección de la Ciudad y la tipificación de las infracciones y sanciones que puede imponer ante el incumplimiento de cualquiera de las normas señala-

das previamente. Según se indica, las infracciones pueden ser leves (artículo 16), graves (artículo 17) o muy graves (artículo 18), y a cada una de ellas les corresponde una sanción diferente, que dependerá del tipo de infracción y de distintas pautas que establece la ley a los fines de la graduación (artículo 21), pero que van desde un apercibimiento hasta la inhabilitación por un año para acceder a licitaciones públicas y suspensión en los registros de proveedores o aseguradores del Estado (artículo 19).

A su vez, el Título III de la norma (artículos 36 a 61) regula lo relativo a la resolución de conflictos. Se describe allí el procedimiento a seguir cuando las partes someten de forma voluntaria a la instancia administrativa a fin de dirimir las diferencias individuales y homologar los acuerdos que correspondan, así como también el trámite por medio del cual se sustancia la resolución de conflictos colectivos cuyo conocimiento sea de competencia de la autoridad administrativa del trabajo.

Finalmente, en el Título IV se le reconoce a la autoridad administrativa del trabajo la facultad para promover el desarrollo de la negociación colectiva que involucre a los representantes de los trabajadores y empleadores privados de la Ciudad de Buenos Aires.

En este orden de ideas, la Ley N° 471 citada previamente regula la negociación colectiva de los trabajadores del GCBA, donde las partes intervinientes son el GCBA, en cualquiera de sus poderes, y las asociaciones sindicales con personería gremial representativa de los trabajadores (cfr. artículo 69 de la ley indicada). La norma también dispone la posibilidad de pactar convenios colectivos sectoriales para sus trabajadores agrupados de la siguiente forma: Poder Ejecutivo (rama general, entes jurídicos descentralizados y sociedades del Estado), docentes, salud, Poder Judicial, Legislatura de la CABA.

Debe tenerse presente que se ha creado la Dirección General de Relaciones Laborales, que es la agencia de la CABA que, por disposición de la Ley N° 265, está autorizada a intervenir en los conflictos colectivos de trabajo que ocurren en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el objetivo de promover la autocomposición de estos conflictos a través de los procedimientos de conciliación y arbitraje voluntario.⁵⁵

55. La normativa aplicable es la siguiente: Decreto N° 328/1988, Ley Nacional de Empleo N° 24013, Decreto N° 2072/94, Ley N° 24700, Decreto N° 402/99, Ley N° 265, Ley N° 25212, Decreto N° 264/2002, Decreto N° 265/2002.

En realidad, gran parte de estas intervenciones se realizan con la cooperación o participación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo a lo previsto en leyes nacionales y locales.

Respecto al ejercicio del poder de policía del trabajo que establece la norma constitucional, el convencional López ha indicado que

... se reafirma el principio de que el cumplimiento de la norma laboral constituye un elemento esencial e insustituible del equilibrio social, por lo cual los derechos propiciados concurren con la voluntad política de hacerlos cumplir, al contrario de aquellos que propician la consolidación normativa del defecto a través de la flexibilidad laboral; así es que manifiesta que "... la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ejerce el poder de policía en forma irrenunciable...".⁵⁶

Corresponde destacar que en el marco del cumplimiento de la Ley N° 265 (artículo 2 inciso d) se creó el Registro de Empleadores que depende de la Subsecretaría de Trabajo, Industria y Comercio del Ministerio de Desarrollo Económico del GCBA.

POLÍTICAS DE EMPLEO

La CCABA obliga al Poder Ejecutivo y al Legislativo local a generar políticas y emprendimientos destinados a la creación de empleo, y agrega que se debe tener en cuenta la capacitación y promoción profesional con respeto de los derechos y demás garantías de los trabajadores.

Este artículo pone en la agenda institucional del GCBA la cuestión debatida en torno al rol del Estado en la generación de empleo.

En el marco de dicha manda, la Ciudad ha dictado leyes como la N° 120, que tiende a promover el pleno empleo de forma eficiente de los trabajadores que la habitan y otorga preferencia a la población desocupada perteneciente a hogares en situación de pobreza, a los desocupados, a los jefes y jefas de hogar con menores a cargo, a mujeres, personas mayores de 45 años, jóvenes que hayan abandonado los estudios primarios o de segundo nivel con cargo a finalizarlos, personas con necesidades especiales y a los desocupados de larga duración. Además, establece un sistema de protección social para habitantes

56. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996, op. cit., T. 3, p. 760.*

desocupados de la Ciudad, que debe garantizar la alimentación básica, salud física y psíquica, y los medios para posibilitar la concurrencia de los hijos a su cargo a la enseñanza obligatoria para quienes no tengan medios suficientes.

Por otro lado, se ha dictado además la Ley N° 1892 con el objetivo de implementar medidas orientadas a incentivar y promover la inserción de las mujeres en el mercado laboral. Y, por medio de la Ley N° 2972 y su modificatoria (la Ley N° 5234), se dispusieron beneficios para todas aquellas empresas que se radiquen dentro del polígono definido como Distrito Tecnológico de la Ciudad, que incluye el área comprendida por las Avenidas Sáenz, Boedo, Chiclana, Sánchez de Loria y Brasil, las calles Alberti y Manuel García y la Avenida Amancio Alcorta, en ambas aceras (artículo 1 de la norma).

Finalmente, cabe destacar que en el año 1998 se sancionó también la Ley N° 30, por medio de la cual se creó el Programa Permanente de Información y Orientación para el Empleo de la CABA (PPIOE). El objetivo de este programa consiste en crear un sistema que permita producir, recolectar y mantener la información necesaria a fin de mejorar la empleabilidad en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, cuya información “será utilizada para la formulación de políticas de empleo y trabajo, así como para facilitar a los habitantes el acceso a los mismos, promoviendo la erradicación de tratos discriminatorios y la remoción de obstáculos que a ello se oponen” (artículo 2).

A los fines de dar cumplimiento a dichos objetivos, se indica en la ley que el PPIOE deberá realizar y mantener semestralmente un relevamiento propio, periódico y regular de la situación del empleo de la CABA, y elaborar y proponer estrategias de reordenamiento del mercado de trabajo, teniendo en consideración las diferentes franjas etarias de la población económicamente activa (PEA).

A modo de conclusión del análisis del presente artículo, corresponde destacar que, como podrá advertirse, su espíritu apunta a resaltar la presencia del Estado en el marco de las relaciones de trabajo, ya sea asegurando ciertas prestaciones básicas (seguridad social), controlando el cumplimiento de las normas de trabajo (policía del trabajo), interviniendo para solucionar conflictos que esta relación pudiera generar, o bien generando políticas de empleo.

Esto mismo fue puesto de manifiesto por la diputada López en la Convención Constituyente, al decir: “[e]l Estado tiene que estar presente para garantizar los derechos individuales y colectivos y generar políticas de empleo, no debiendo ausentarse al momento de garantizar la participación”.⁵⁷

Artículo 45

El Consejo Económico y Social, integrado por asociaciones sindicales de trabajadores, organizaciones empresariales, colegios profesionales y otras instituciones representativas de la vida económica y social, presidido por un representante del Poder Ejecutivo, debe ser reglamentado por ley. Tiene iniciativa parlamentaria.

EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL

Como primera medida, entiendo pertinente destacar las palabras de los convencionales constituyentes de 1996 al respecto de esta nueva figura creada por la Constitución local, puesto que resultan de gran utilidad a fin de conocer las verdaderas intenciones que motivaron a los constituyentes a la inclusión de este Consejo Económico y Social (en adelante, CEyS).

En este sentido, la convencional López señaló en la Convención Constituyente que

... se ha incorporado la creación del Consejo Económico y Social, que fuera sugerida hace muchos años por el dictamen del Consejo de Consolidación de la Democracia. Si bien voy a pedir la inserción de un texto, daré lectura a una parte de dicho dictamen. Al hablar de consejo económico y social se refería a un organismo que tiene en mira el desarrollo de la democracia participativa, en cuanto ella requiere el ensanchamiento de las estructuras participativas que la sociedad reclama junto a los cambios que se producen en sus relaciones políticas, sociales y económicas. El legítimo mecanismo de participación ciudadana a través de asociaciones colectivas se encuentra en la dinámica impresa con la práctica política por los partidos políticos. Es a través

57. La normativa aplicable es la siguiente: Decreto N° 328/1988, Ley Nacional de Empleo N° 24013, Decreto N° 2072/94, Ley N° 24700, Decreto N° 402/99, Ley N° 265, Ley N° 25212, Decreto N° 264/2002, Decreto N° 265/2002.

de su accionar que se consolida una democracia pluralista, participativa y generadora de consenso político en las estructuras del Estado. No obstante –decía el Consejo en su dictamen–, se ha considerado conveniente la participación de los distintos grupos socioeconómicos que integran una sociedad a la hora de tomar las decisiones fundamentales relativas a la distribución de la riqueza y al mejoramiento de las condiciones sociales de vida.⁵⁸

El 26 de noviembre de 2009, el órgano en estudio adquirió operatividad a partir del dictado de la Ley N° 3317, que vino a reglamentar su organización y funcionamiento (artículo 1). Se trata de un ámbito participativo y consultivo, de actores sociales y económicos, que delibera y emite opiniones no vinculantes sobre la planificación y formulación de la política socioeconómica y laboral de la Ciudad.

Según la ley que lo reglamenta, el CEyS es una persona de derecho público no estatal con personalidad jurídica propia y goza también de autonomía autárquica y funcional para el cumplimiento de sus fines (artículo 2). Se indica allí que es un órgano colegiado de participación ciudadana y de carácter consultivo de los poderes Ejecutivo y Legislativo, así como de todas las instituciones del GCBA que lo requieran sobre materias económicas, sociolaborales y de empleo (artículos 2 y 4). En el mismo sentido que la Constitución local, la norma le reconoce la competencia de iniciativa parlamentaria⁵⁹ y le otorga también la competencia para contribuir en la elaboración de la legislación económica, social y laboral (artículo 4).

58. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996, op. cit.*, T. 3, p. 760.

59. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996, op. cit.*, T. 3, pp. 608 y 609. Allí, continuó indicando que “[n]o podía estar ausente la presencia del Estado. Por eso se propone la creación de un organismo administrativo que ejerza el control en materia de policía del trabajo, que va a proteger a los trabajadores en cuanto a higiene y seguridad, y a controlar, reglamentar y sancionar aquellos incumplimientos de la normativa laboral, como el trabajo en negro y muchas otras explotaciones que se producen en la actualidad. Dada la política de flexibilización (...), desde la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires decimos que no vamos a permitir la ausencia del Estado ante derechos que consideramos necesario tutelar”.

En cuanto a los objetivos de este Consejo, el artículo 3 enuncia los siguientes:

a) Constituirse en cauce de participación de los agentes sociales y económicos en la planificación y formulación de la política socio-económica y laboral de la ciudad.

b) Ser ámbito de participación y foro permanente de diálogo, deliberación y articulación ante los agentes económicos y sociales con actividad en jurisdicción de la ciudad.

c) Actuar como órgano de comunicación entre los distintos intereses económicos y sociales de la comunidad, y de asesoramiento de los mismos al Gobierno de la Ciudad.

d) Fomentar el desarrollo socioeconómico de la comunidad.

Sobre la base de los objetivos del CEyS definidos por el artículo 3 de la ley, los artículos 5 y 6 enuncian sus funciones y atribuciones, respectivamente. Dentro de las primeras se establecen las siguientes: emitir opinión sobre los proyectos de decretos y de leyes a ser dictados por los poderes Ejecutivo y Legislativo locales que tengan impacto en la vida económica de la Ciudad y que le sean remitidos en consulta; emitir opinión, informes o propuestas sobre cualquier asunto de carácter económico, proyectos de inversión públicos o privados, a solicitud del Poder Ejecutivo o Poder Legislativo de la Ciudad o por propia iniciativa; emitir opinión sobre cualquier otro asunto que se someta a su consulta; y elevar anualmente al Poder Ejecutivo y Legislativo, dentro de los cuatro primeros meses de cada año, un informe en el que se expongan sus consideraciones sobre la situación socioeconómica, laboral y de políticas educativas de formación profesional y técnica de la CABA (artículo 5). En cuanto a las atribuciones del Consejo, la norma enuncia las siguientes: a) dictar su reglamento interno, con la aprobación de la mayoría absoluta de sus miembros; b) solicitar informes complementarios sobre asuntos que con carácter preceptivo o facultativo se le sometan a su consulta; c) ejercer la iniciativa parlamentaria en los términos previstos por su Reglamento Interno; y d) invitar a funcionarios para que expongan ante el plenario (artículo 6).

La ley establece también que el Consejo cuenta con un presidente y con consejeros representantes de los siguientes grupos: asociaciones

sindicales de trabajadores, organizaciones empresariales, colegios, consejos, entidades representativas de profesionales y otras instituciones representativas de la vida económica y social de la CABA. Allí se dispone la diferente composición y cantidad de personas que corresponden para cada uno de dichos grupos y se agrega que “[u]na vez elegidos los representantes sectoriales, sus mandantes comunicarán las designaciones al Gobierno de la Ciudad, que formalizará los nombramientos mediante decreto del Jefe de Gobierno”. La duración de los miembros del Consejo es de cuatro años, con posibilidad de reelección. En caso de reemplazo de alguno de dichos representantes antes del fin del período para el cual fue designado, quien lo reemplace durará hasta el fin del plazo previsto para su antecesor. Pero, expirado el período del nombramiento, los miembros del organismo verán automáticamente prorrogada su designación hasta la toma de posesión de los nuevos miembros del Consejo.

El Capítulo II de la ley regula lo relativo a la presidencia del Consejo. Se indica que la persona que ocupa dicho cargo es designado por el Jefe o la Jefa de Gobierno, en calidad de representante del Poder Ejecutivo de la CABA (artículo 10). Le son aplicables a esta figura las condiciones inhibitorias e incompatibilidades de los artículos 72 y 73 de la CCABA⁶⁰ (artículo 12), y percibe la misma remuneración que la establecida para los diputados locales (artículo 13). Según el artículo 11, las funciones del presidente son las siguientes:

- a) Ejercer la representación del Consejo.

60. “Artículo 72.- No pueden ser elegidos diputados: 1. Los que no reúnan las condiciones para ser electores; 2. Las personas que están inhabilitadas para ocupar cargos públicos mientras dure la inhabilitación; 3. Los condenados por delito mientras no hayan cumplido todas sus penas; 4. Los condenados por crímenes de guerra, contra la paz o contra la humanidad; 5. Los militares o integrantes de fuerzas de seguridad, en actividad”. “Artículo 73.- La función de diputado es incompatible con: 1. El ejercicio de cualquier empleo o función pública nacional, provincial, municipal o de la Ciudad, salvo la investigación en organismos estatales y la docencia. La ley regula la excedencia en los cargos de carrera. 2. Ser propietario, directivo, gerente, patrocinante o desempeñar cualquier otra función rectora, de asesoramiento o el mandato de empresa que contrate con la Ciudad o sus entes autárquicos o descentralizados. Para la actividad privada, esta incompatibilidad dura hasta dos años después de cesado su mandato y su violación implica inhabilidad para desempeñar cualquier cargo público en la Ciudad por diez años. 3. Ejercer la abogacía o la procuración contra la Ciudad, salvo en causa propia”.

b) Convocar las sesiones, presidirlas, fijar el Orden del Día y moderar el desarrollo de los debates.

c) Visar las actas de las sesiones, ordenar la remisión o publicación de los acuerdos, y disponer su cumplimiento.

d) Ejercer las demás funciones que le sean atribuidas legal o reglamentariamente.

A su vez, el presidente de este órgano designa al secretario ejecutivo (artículo 15), quien, entre otras funciones, lo asiste en las actividades administrativas del Consejo (artículo 16).

Este órgano cuenta también con dos vicepresidentes, que son elegidos cada año por la Asamblea del Consejo, y que no pueden pertenecer al mismo grupo de representación. La figura del vicepresidente se encarga de sustituir al presidente en caso de ausencia, vacancia o enfermedad, desempeñando las funciones que les sean reglamentariamente asignadas (artículo 14).

A los consejeros se les aplican también las condiciones inhibitorias del artículo 72 de la CCABA (artículo 19), mientras que el artículo 20 enuncia las incompatibilidades con dicho cargo, recayendo en quien incurra en alguna de ellas las sanciones previstas en el Reglamento Interno y las causales de cese en sus funciones (artículo 21).

La ley se ocupa incluso de normar lo relativo a la organización del CEyS. Se señala allí que la Asamblea es el órgano de decisión y formación de la voluntad del Consejo, y que está integrada por el conjunto de los miembros, bajo la dirección del presidente, quien es asistido por el secretario ejecutivo. Se reúne en sesión ordinaria al menos una vez por trimestre, y en sesión extraordinaria por convocatoria del presidente o por acuerdo de los dos tercios del total de los miembros del Consejo, en los casos que establezca la reglamentación (artículo 22). La Asamblea toma sus decisiones en forma colegiada por mayoría absoluta del total de sus miembros y, en caso de empate, el voto del presidente se computa doble (artículo 23). Las sesiones plenarios y los dictámenes e informes del CEyS son públicos, de acceso irrestricto y presentan carácter no vinculante. Ahora bien, por excepción, y siempre mediante resolución fundada, el Consejo puede declarar como reservado el debate de los asuntos que determine (artículo 24).

El artículo 27 establece que los ministros del GCBA con competencia sobre las materias en estudio están habilitados a asistir a las reuniones del Consejo, previa comunicación a su presidente, y pueden hacer uso de la palabra para exponer su posición en los temas de debate.

Finalmente, cabe destacar que el CEyS queda sujeto al control interno y externo que establece el régimen de contralor público de la Ciudad (artículo 32).⁶¹

61. Al respecto, cabe recordar que en el Título Séptimo de la Constitución de la Ciudad están regulados los órganos de control. Específicamente, el primer capítulo establece las disposiciones generales en torno al control en esta Ciudad, mientras que los títulos Segundo y Cuarto norman lo atinente a la Sindicatura General de la CABA y a la Auditoría General de la CABA, encargadas de realizar el control interno de todas las jurisdicciones de la Administración centralizada (artículo 133) y descentralizada, y el externo del sector público (artículos 135 y 136), respectivamente.

Capítulo Decimoquinto Consumidores y usuarios

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.

LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Por Javier Hernán Wajntraub

INTRODUCCIÓN

La incorporación del artículo comentado en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires importó la consagración de los derechos de los consumidores y usuarios en el espacio porteño en el máximo escalafón posible, en sintonía con la Constitución Nacional y con gran parte de las provinciales.

Los derechos de los consumidores venían siendo insinuados por la jurisprudencia con mucha antelación a la reforma constitucional de 1994 a través del establecimiento de principios y pautas que luego fueron incorporadas de manera expresa en el ordenamiento jurídico (*v. gr.* nulidad de cláusulas abusivas, etc.).¹ Esta tendencia se vio claramente validada con la sanción, en 1993, de la Ley N° 24240 de Defensa del Consumidor, en la cual se estableció un verdadero catálogo de derechos para esta categoría de sujetos.

Pero antes de adentrarnos en el análisis que el Derecho positivo consagra en favor de los consumidores y usuarios, es fundamental identificarlos para establecer correctamente el ámbito de aplicación de la normativa.

RELACIÓN DE CONSUMO

La relación jurídica de consumo es una definición normativa, y su extensión surgirá de los límites que la legislación le establezca a sus elementos: sujeto, objeto, fuentes; por lo que debe establecerse

1. Ha expresado la jurisprudencia, en su ocasión, que “tratándose de un contrato de adhesión, las cláusulas imprecisas, dudosas, abusivas, deben interpretarse en contra de quien las redactó” (Cám. Nac. Civ., sala A, junio 25 de 1986, ED 120-123).

... de modo que abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual, o cuando es sometido a una práctica del mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del derecho del consumidor, debe comprender todas las situaciones posibles.²

El derecho del consumidor regula tanto materia contractual como situaciones que otorgan prerrogativas a los sujetos tutelados, aun sin estar vinculados contractualmente con proveedores. De esta manera, una noción acotada de la relación de consumo nos dejaría sin poder considerar estos supuestos expresamente contemplados por la legislación. Además, al tener su fundamento principal en la normativa constitucional,³ esta amplitud de criterio es la que mejor se adecua a una correcta hermenéutica. Por su parte, el objeto de la relación jurídica de consumo es el que se configura por la operación jurídica considerada o los bienes a los cuales se refieren, que son los productos⁴ y los servicios.

2. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2ª ed., 2009, p. 74.

3. En relación al derecho del consumidor se ha dicho que “la jerarquía constitucional consagrada implica, por un lado, otorgarle un rango superior al legislativo a este derecho, incluyéndolo dentro de los nuevos derechos y garantías que pasaron a ampliar el catálogo de la parte dogmática de nuestra Carta Magna. Por otra parte, no debe olvidarse que los constituyentes reformadores tuvieron especialmente en cuenta el problema de la legitimación y del acceso a la justicia, y al consagrar las acciones de amparo hábeas data y hábeas corpus en el nuevo art. 43, previeron expresamente la potestad de interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y, en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor” (López Alfonsín, Marcelo; Outon, Fernanda y Villanueva, Claudia, “La constitucionalización de la protección de los consumidores y usuarios”, *Derecho del consumidor*, N° 9, Dir.: Gabriel A. Stiglitz, Rosario, Ed. Juris, 1998, pp. 59 y 60).

4. Sostiene Lorenzetti que “la legislación consumerista se ha inclinado por incorporar el término ‘producto’, diferente de ‘bienes’ o ‘cosas’, tradicionalmente utilizados por los Códigos. (...) En un sentido económico, los bienes incluyen los servicios y los bienes durables y no durables. Desde el punto de vista jurídico, un objeto alcanza la categoría de bien cuando es susceptible de tener un valor (art. 2311, Cód. Civil), y es claro que alcanza tal valor cuando es escaso, con lo cual se identifica con el presupuesto inicial de la economía. Los bienes incluyen tanto a los materiales como a los inmateriales. Este distinguo, basado en la materialidad, se asemeja bastante a la noción de intangibilidad usada en la economía. Los bienes materiales son cosas. De manera que siendo objetos de la relación de consumo todas las cosas, es mejor utilizar la noción de bien y no la de cosas o produc-

Según el Código Civil y Comercial de la República Argentina, la “relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor”, siendo este último la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

La importancia de la relación de consumo radica en que consiste en el ámbito de aplicación del derecho del consumidor, lo que la convierte en un elemento central para la vigencia del sistema protectorio.

CONCEPTO DE CONSUMIDOR

El consumidor se califica en función del destino que le asigna a los bienes o servicios que adquiere o utiliza, resultando “indistinto que el uso o la utilización de bienes y servicios se efectúe a título personal o familiar”,⁵ siempre que sea para uso privado.⁶ Por cierto que habrá situaciones en las que la calidad de consumidor se evidencie desde el comien-

tos. La mayoría de las legislaciones utiliza el término producto porque es más amplio que el de cosas e incluye el requisito de la elaboración. Las cosas que toma en cuenta el derecho del consumo son aquellas elaboradas y, normalmente, las cosas sin elaboración quedan reservadas al ámbito del derecho común. En Argentina, las cosas son los objetos materiales susceptibles de tener un valor (art. 2311, Cód. Civil). En la jurisprudencia se agrega el requisito de su elaboración, puesto que se habla de producto elaborado. (...) De tal manera, las cosas que recepta el derecho del consumo: cosas elaboradas y con destino al uso final, son en realidad productos. Sin embargo, la noción de bien debe mantenerse por ser más amplia que la de producto y permite incluir a los inmuebles, que normalmente no sufren alteración” (Lorenzetti, Ricardo, *Consumidores*, op. cit., pp. 104 y 105).

5. Stiglitz, Rubén S., *Defensa del consumidor y contratación bancaria y financiera*, Derecho del consumidor, N° 9, Dir.: Gabriel A. Stiglitz, Rosario, Ed. Juris, 1998, p. 4.

6. Con corrección se aclara que “no deben confundirse los términos ‘consumidor’ y ‘cliente’. El cliente es cualquier sujeto colocado en situación de demanda en un vínculo convencional con el oferente, sin importar la finalidad perseguida al establecer la relación contractual; y el consumidor final es quien destina la utilización de las cosas o servicios a fines privados. Las leyes de defensa del consumidor no hacen referencia a aquel sino que protegen a este”. (Tanzi, Silvia Y. y Humphreys, Ethel, “El consumidor en el marco de la globalización”, LL online).

zo, sin presentar inconvenientes, pero también encontraremos casos en los que el tema se presentará más intrincado,⁷ y deberá resolverse

... por la regla de la distribución dinámica de las cargas probatorias, en la medida en que quien tiene los datos puede probarlos. Las empresas que contratan masivamente hacen llenar formularios en los que consta claramente la finalidad, y normalmente no hay dudas al respecto.⁸

Para comprender las características del sujeto tutelado, “conviene precisar que el consumidor no es un *status* subjetivo permanente, sino que dicha calificación le es atribuida a quien actúa de determinada manera y con relación exclusivamente a esa cuestión”.⁹

Es apreciable cómo en los últimos años el concepto de consumidor ha ido tendiendo a la ampliación, principalmente en razón de una cantidad de situaciones en las cuales el adquirente se encuentra en similar condición de debilidad que la del consumidor, pero sin calificar dentro de la categoría (pequeños comerciantes, profesionales liberales, etc.).¹⁰

7. La definición de consumidor que surge de nuestro ordenamiento jurídico no excluye, en principio, que las empresas puedan en algunos supuestos revestir la calidad de consumidores. La complejidad de la cuestión está dada fundamentalmente en la dificultad de acreditar que el destino asignado a los bienes y servicios contratados por una compañía no es un proceso de comercialización y distribución. Por ello, la regla general es la exclusión. Aun así, se ha dicho que “a los fines de la aplicación de la ley 24240, son consumidores las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes o servicios como destinatarios finales –en el caso, persona jurídica que adquirió un rodado para traslado de sus miembros y empleados–, ya sea a título personal, familiar, social o de su círculo íntimo. La ley 24240 de defensa del consumidor es aplicable respecto de la persona jurídica que adquirió a título oneroso un automotor para satisfacer las necesidades de su empresa comercial –en el caso, traslado de sus miembros y empleados–, pues reviste el carácter de consumidor o destinatario final del bien”. (C.N. Com, Sala A, 21/11/2000, “Artemis Construcciones S.A. c/Diyón S.A. y otro”, LL 2001-B, 839, DJ).

8. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, op. cit., p. 96.

9. Botana García, Gema y Llamas Pombo, Eugenio (coordinador), *Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios – Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Madrid, La Ley, 2005, pp. 60 y 61. Con ello coincide Rivera, quien sostiene que “la condición de consumidor debe analizarse con relación al contrato concreto” (Rivera, Julio César, *Interpretación del derecho comunitario y noción de consumidor - Dos aportes de la Corte de Luxemburgo*, LL 1998-C-518).

10. El principio protectorio se acentúa en situaciones en las que aparece una mayor vulnerabilidad a la verificada en el promedio de los casos. Es el denominado subconsumidor o *bystander*, y hace referencia a los niños, ancianos, analfabetos, etc.

Si bien el derecho del consumidor se funda en el diagnóstico de la existencia de una relación de desequilibrio entre las partes –usualmente– contratantes, no es menos real que muchas situaciones jurídicas que se encuadran en esa situación no gozan hoy de la armadura de la legislación tuitiva de los consumidores, más allá de que en muchos supuestos han sido excluidos intencionalmente, en el entendimiento de que cuentan con normas apropiadas para sus particulares realidades.

Por ello es que sostenemos que la amplitud de la noción de consumidor no va a estar dada por la determinación de la existencia de una situación de debilidad estructural, sino por el encuadre del adherente dentro de la categoría, lo que estará determinado por la ley. En todo caso, la desigualdad congénita del vínculo jurídico puede ser un elemento para inclinarse por la aplicación del estatuto en los casos poco claros, reforzado por el principio de interpretación más favorable.

También es una fantasía jurídica la que circula permanentemente con referencia a la desprotección en que quedarían aquellos sujetos excluidos del régimen especial, lo que es una verdad a medias, ya que muchos de los principios de la legislación del consumo son plasmaciones legales de largas construcciones jurisprudenciales. En definitiva, el régimen de tutela de los consumidores es una de las tantas herramientas que desarrolla la legislación para proteger situaciones de debilidad jurídica, siendo que en muchos casos encontraremos mecanismos más apropiados en función del caso (minoridad, género, etc.).

El Código Civil y Comercial argentino clarificó el ámbito de aplicación del denominado estatuto del consumidor, al modificar el texto vigente desde 2008 (Ley N° 26361) y establecer una definición del sujeto protegido comprensible para cualquier intérprete, alejando así ambigüedades que distrajeran la finalidad perseguida por el régimen tuitivo.

El Derecho argentino dispone que “se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final o de su grupo familiar o social”, lo que en principio no es más que la explicitación de la situación de los destinatarios que no han contratado directamente (*v. gr.* integrantes del grupo familiar o social del contratante, el cesionario, etc.).

De alguna manera, el establecimiento de situaciones equiparables a la del consumidor se relaciona con el objetivo buscado por el sistema

protectorio; que es que este no se limite únicamente a quienes resultan ser consumidores específicos o materiales, ya que en gran cantidad de situaciones estos no resultan ser los necesitados de la tutela legal.¹¹

PROVEEDOR DE BIENES Y SERVICIOS

El proveedor, quien constituye la otra parte de la relación de consumo, resulta una categoría característica del derecho del consumidor y hace referencia a todo el sector oferente de productos y servicios,¹² en la medida en que se realice profesionalmente y en el marco de una relación de consumo. Por ende, puede tratarse de tareas de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, entre otras.

Puede afirmarse que la noción de proveedor es deliberadamente amplia para incluir a todos los sujetos que actúan del lado de la oferta en el mercado. En tanto la relación jurídica de consumo se asienta en el acto de consumo, es claro que este elemento distribuye los polos activos según los que ofrecen y los que consumen bienes. La noción de proveedor se separa de las tradicionalmente utilizadas en el Derecho Privado: comprende a todos los que ofrecen.¹³

11. Cfr. Roscoe Bessa, Leonardo, *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*, Brasília, Ed. Brasília Jurídica, 2007, pp. 61 y 62.

12. La amplitud que prima en la legislación de defensa del consumidor nos lleva a coincidir con Farina en cuanto a que “el concepto de prestación de servicios de esta ley es más amplio que el del contrato de locación de servicios que regula el Código Civil, pues comprende todo contrato por el cual no se adquiere la propiedad o disponibilidad de una cosa, sino, mediante el servicio del prestador, lograr el uso o goce de una cosa en virtud del quehacer humano o del funcionamiento de una máquina o elementos electrónicos (por ejemplo), así como cuando tiene por objeto un asesoramiento, transporte, asistencia de cualquier naturaleza, seguro, hospedaje, administración de un fondo común, etc., sin importar que se trate de una obligación de medios o de resultado. Así la locación de obra es para la ley 24240 una prestación de servicio, como también lo es el transporte, e incluso un espectáculo público. Debemos poner mucho énfasis en esto, pues de otro modo quedarían fuera de esta ley una larga serie de relaciones contractuales de vigencia permanente en todos los ámbitos de la vida diaria” (Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2ª edición, 2000, p. 72).

13. Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, op. cit., pp. 98 y 99.

El texto legal argentino se encuentra en sintonía con la noción amplia de proveedor, ya que no sólo hace referencia a quienes resulten ser personas humanas o jurídicas que actúen profesionalmente, o empresas productoras de bienes o prestadoras de servicios de naturaleza pública o privada, sino que también se señala a todo aquel que obre aun “ocasionalmente”, siempre que tenga por “objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”. Es decir que lo que determinará que un oferente sea calificado como proveedor será definido con el foco puesto en el destinatario, que deberá ser un consumidor o usuario.

Por lo tanto, debe dejarse en claro que no todos los que ofrecen son jurídicamente proveedores, ya que la oferta para el consumo excluye una amplia categoría de sujetos que ofrecen al sector empresario. De esta manera, la noción de proveedor es una calificación transversal al Derecho Público y Privado, con lo cual puede haber proveedores tanto en el sector público como en el privado, siempre que lo hagan con destino al consumo.¹⁴

La Ley de Defensa del Consumidor argentina excluye del concepto de proveedor a los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario habilitante, salvo la publicidad que hagan de sus servicios. De este modo, dispone:

... no están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vinculan con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.

14. Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, *op. cit.*, pp. 98 y 99.

NORMAS QUE INTEGRAN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR

La protección del consumidor en nuestro país tiene su eje en la Constitución Nacional, en la Ley de Defensa del Consumidor, con su Decreto reglamentario N° 1798/94, y en el Código Civil y Comercial de la Nación, aunque ello no significa que la cuestión se agote allí. Precisamente, y teniendo en cuenta la finalidad del sistema de otorgar una protección mayor a la parte débil, podemos inferir que la normativa del consumidor o estatuto del consumidor, como preferimos llamarlo, no es solamente lo reglado en la Ley N° 24240, sino que está integrado también por todas aquellas normas que resulten aplicables a la relación jurídica de consumo, conforme lo estipula el artículo 3 de la normativa especial, al decir que las disposiciones de la ley de defensa del consumidor “se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo”.

Podrían darse situaciones, por aplicación de los lineamientos comentados, en las que el ordenamiento jurídico contemple más de una respuesta normativa para determinado presupuesto de hecho, planteándose una superposición y generándose así un problema de interpretación que correspondería solucionar. De esta manera, aplicando correcta hermenéutica constitucional, el legislador previó la prevalencia del criterio interpretativo más favorable para el consumidor.¹⁵

15. Para fundar las razones del criterio interpretativo consagrado por la legislación, explica Salicru que “dado que lo habitual, en el marco de las relaciones de consumo es que los usuarios y consumidores sean el sujeto débil de la misma, frente al proveedor, quien puede obtener beneficios incausados ya que se encuentra en una mejor posición en la relación jurídica de consumo, deben articularse los anticuerpos legales y sociales que intenten equilibrar dicho sistema. Uno de los principios en que se sostiene toda la construcción jurídica del sistema de tutela del derecho del consumidor es el “*in dubio pro consumidor*”. Dicho principio y la tutela general del derecho del consumidor, se sustentan en el reconocimiento de su situación de debilidad y desigualdad frente a los proveedores de bienes y servicios, situación que se acrecienta aún más con los fenómenos de globalización económica y la irrupción de las técnicas de marketing junto a la evolución de la publicidad, al calor de la llamada revolución de las comunicaciones, con ofertas de bienes y servicios en constante mutación, con proveedores que acceden a nuestra intimidad para ofrecernos productos y servicios sin que lo hayamos solicitado y que con información engañosa consiguen adherirnos a un servicio que en la mayoría de los casos no querríamos ni responde a nuestras necesidades”. (Salicru, Andrea, “El principio *in dubio pro consumidor*”, *LL online*). Por su parte, Rivera afirma que la debilidad del consumidor no es exclusivamente económica y que “frente al profesional pasa también por la información y el conocimiento. Si un industrial dueño de una gran fábrica de automóviles va a comprarse una camisa, es un consumidor aunque su patrimonio sea muy superior al del

EL TEXTO CONSTITUCIONAL

El ordenamiento constitucional porteño ha establecido un listado de derechos no taxativo, que prácticamente resume los principios orientadores de la materia en armonía con la Constitución Nacional.

Protección de la salud, la seguridad y el patrimonio de los consumidores

La incorporación de la protección de la salud, la seguridad y el patrimonio del consumidor en el marco de la relación de consumo importa consecuencias concretas en la situación de la parte débil, a tal punto que la Ley de Defensa del Consumidor ha plasmado estos principios tanto en la órbita contractual como extracontractual.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁶ ha tratado la cuestión en una sentencia señera, en la que afirmó que

... cabe considerar también el derecho a la seguridad previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional, que se refiere a la relación de consumo que abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados, que es precisamente el caso que se presenta en autos. De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales...

Luego agregó que

... no cabe interpretar que la protección de la seguridad –prevista en el artículo 42 de la Constitución Nacional– tenga un propósito meramente

camisero, y este es –en el caso– el profesional, pues conoce las virtudes de la tela, la calidad de la confección, la firmeza de los colores, la facilidad o la dificultad para plancharlas, la durabilidad de la prenda, etc.”. (Rivera, Julio C., *Interpretación del derecho comunitario y noción de consumidor - Dos aportes de la Corte de Luxemburgo, op. cit.*).

16. “Mosca, Hugo Arnaldo c/Provincia de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios”.

declarativo, sino que, por el contrario, es correcta la hermenéutica orientada hacia el goce directo y efectivo por parte de sus titulares. La seguridad –que en este caso debe ser entendida como el simple derecho de asistir a un espectáculo público sin sufrir daño alguno– es un propósito que debe constituir la máxima preocupación por parte de quienes los organizan cuando estos importan algún riesgo para los asistentes, así como de las autoridades públicas encargadas de la fiscalización.

La distorsión de los mercados y el control de los monopolios [intereses económicos]

Son muchos los aspectos relevantes donde estas prerrogativas se ponen de manifiesto, entre los que se destacan la prohibición de las prácticas comerciales desleales, la simplificación de la resolución amistosa de conflictos y la resolución de pequeños litigios, entre otros. Pero también vale destacar las reglas aplicadas a determinadas transacciones o sectores, como el comercio electrónico, el transporte, los servicios financieros, los contratos celebrados a distancia, los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, la protección en relación a las cláusulas abusivas y las ventas y garantías sobre los bienes de consumo, entre otras.

Acceso a una información transparente, adecuada, veraz y oportuna

Uno de los aspectos más vulnerables del consumidor es el conocimiento o la falta de información siendo que la información está en manos de los expertos, por haberla buscado para elaborar el producto o suministrar el servicio. Es sabido que

... las relaciones entre profesionales y consumidores entrañan un desequilibrio que suele generar inequidad, y dado que no es una situación que haya de resolverse por sí sola, corresponde la intervención del Estado para que ello no suceda. Lo efectivo en el plano socioeconómico sería que el consumidor esté adecuadamente informado al celebrar un contrato, superando la brecha informativa.

Desde el punto de vista normativo, el deber de información

... es el deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de la información vinculada con una relación jurídica o con

la cosa involucrada en la prestación, o atinente a actividades susceptibles de causar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dicha información, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficientes como para evitar los daños o inferioridad negocial que pueda generarse en la otra parte si no son suministrados.¹⁷

El deber de información consiste en la columna vertebral del derecho del consumidor en tanto constituye un trascendental instrumento tendiente a conjurar la superioridad económica-jurídica que suelen detentar los proveedores.¹⁸ En la legislación, este derecho se desarrolla de forma transversal en distintos institutos, de lo que dan muestra las numerosas disposiciones donde se lo regula.¹⁹

Trato equitativo

Puede decirse que el denominado trato equitativo y digno es uno de los derechos fundamentales de los consumidores, que no debe analizarse sólo desde la perspectiva comercial, sino también desde la óptica del respeto que el consumidor merece como persona.

17. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, op. cit., pp. 170 a 172.

18. Ha dicho la jurisprudencia que “el derecho de información que el art. 42 de la Constitución Nacional reconoce al consumidor encuentra su correlato en el deber impuesto por la ley de defensa del consumidor 24.240 a los proveedores de bienes y servicios. La finalidad perseguida por el art. 4 de la Ley 24.240 consiste en buscar la voluntad real, consciente e informada del usuario respecto de las ventajas y desventajas de los servicios que contratan y encuentra su razón de ser en la necesidad de suministrar a aquel conocimientos de los cuales legítimamente carece, con la finalidad de permitirle efectuar una elección racional y fundada respecto del bien o servicio que pretende contratar. El deber de información establecido en el art. 4 de la Ley 24.240 en favor de los consumidores configura un instrumento de tutela del consentimiento, pues otorga a aquellos la posibilidad de reflexionar adecuadamente al momento de la celebración de contrato”. (C. N. Fed. Cont. Adm. Sala II, 04/11/1997, “Diners Club Argentina S. A. c/Secretaría de Comercio e Inversiones”; RCyS, 1999-491; ED 177-176).

19. En referencia a la ley de relaciones del consumo del Uruguay, se ha dicho que el derecho del consumidor a ser informado adecuadamente es “el derecho medular de la ley, pues, como vamos a ver, de treinta y nueve artículos que se dedican a la regulación de la parte sustancial del tema, diecisiete o dieciocho aluden al derecho a la información, constituyendo este uno de los instrumentos esenciales de la protección del consumidor” (Ordoqui Castilla, Gustavo, *Derecho del consumo*, Montevideo, Ediciones del Foro, 2000, p. 55).

Esta cuestión se relaciona con las denominadas prácticas abusivas y tiene como contrapartida la afectación de los aspectos más sensibles de las personas, que cuentan con una clara protección de jerarquía constitucional. La incorporación de criterios que permiten determinar la existencia de estas conductas reprochadas junto con la amplitud de quienes pueden considerarse legitimados, construye una adecuada respuesta del sistema en resguardo del mandato que surge de la Ley Suprema.

La libertad de elección

La libertad de elección del consumidor puede basarse en tres pilares básicos: el acceso a una información completa, la inexistencia de presiones sobre el consumidor y la existencia de alternativas en el mercado.

Para garantizar lo estipulado en el texto constitucional existe una serie de instrumentos normativos principales que apuntan a ello, a saber: las normas que regulan de manera genérica y específica el deber de información; aquellas que regulan modalidades especiales de contratación (v. gr. ventas fuera de los establecimientos comerciales); y las referidas a la defensa de la competencia y la competencia desleal. Todo ello, claro está, sin soslayar otros grupos de regulaciones.

Mensajes publicitarios distorsivos

La publicidad es toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones.²⁰ Por el hecho de enmarcarse en una actividad comercial, posibilita que se establezcan limitaciones para los emisores de mensajes publicitarios sin caer en limitaciones a la libertad de expresión, lo que sería calificado de inconstitucional.

Debemos recordar que

... el mercado de bienes y servicios se caracteriza por la utilización de instrumentos, como la publicidad, con los que los empresarios aproximan sus ofertas a los consumidores. Estos instrumentos cuando accogen la forma de comunicaciones comerciales pueden quedar acogidos

20. Según la definición de la Directiva de Consejo de Europa del 10 de septiembre de 1984 (84/450/CEE).

dentro del concepto de publicidad. Es sabido que la publicidad tiene una incidencia en el comportamiento económico y negocial de los consumidores en el mercado y en el tráfico jurídico, y en un mercado de libre competencia la publicidad incita al consumidor y promueve la contratación de bienes y servicios.²¹

EL ROL DE LAS AUTORIDADES [PODER DE POLICÍA]

Las autoridades deberán proveer la protección de los derechos consagrados por la Constitución Nacional y local, para lo que el texto analizado proporciona ciertas pautas, lo que no excluye la utilización de otras herramientas adicionales que posibiliten un correcto cumplimiento del mandato constitucional.

EL ENTE ÚNICO REGULADOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El texto constitucional hace referencia a la necesaria participación de los usuarios, de manera que los destinatarios del sistema puedan ser protagonistas en el diseño de las políticas públicas. En el caso del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos, su actualización se rige por la Ley N° 210.

Los objetivos a cumplir por el organismo son ejercer:

... el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos prestados por la administración central o descentralizada o por terceros, así como el seguimiento de los servicios cuya fiscalización realice la Ciudad de Buenos Aires en forma concurrente con otras jurisdicciones, para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto.

El tema de la participación de los usuarios en los organismos regulatorios es complejo, sobre lo que puede argumentarse que

... un tema crucial en la dinámica propia de la necesaria regulación estatal de los servicios públicos que han quedado en manos privadas

21. García Sais, Fernando, *Derecho de los consumidores a la información. Una aproximación a la publicidad engañosa en México*, Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2007, pp. 14 y 15.

es, sin lugar a dudas, la participación de los usuarios, sea mediante sus organizaciones representativas o bien de modo directo y personal, en la actividad de control de aquellas actividades harto esenciales, exentas de la libre competencia y, por lo tanto, creadoras de oligopolios o de monopolios, conforme sea el caso. Estos aspectos particulares, el de la falta de competencia alguna o bien plena –en el mejor de los casos– y el de la esencialidad de los servicios referidos, implican circunstancias de cautividad y criticidad que potencian en gran medida la necesidad de efectivo control estatal.²²

La discusión acerca de la manera en que los usuarios deben incorporarse a los entes no es pacífica. Mientras un sector de la doctrina sostiene que la participación de los usuarios en los directorios lesiona el derecho de igualdad en relación con los prestadores, otros entienden que la integración de los consumidores en calidad de directores es una garantía constitucional.²³

22. Treguer, Marcelo N. G., “La voz institucional de los usuarios en la dinámica del control de los servicios públicos privatizados: nuevas realidades y horizontes en la materia”, JA, *Suplemento de Derecho Administrativo*, 24 de septiembre de 2003, pp. 25-32.

23. Bloch, Denise L., “Procedimiento de participación de los usuarios en la regulación de los servicios públicos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 258, marzo de 2000, p. 79.

Capítulo Decimosexto

Comunicación

Artículo 47

La Ciudad vela para que no sea interferida la pluralidad de emisores y medios de comunicación, sin exclusiones ni discriminación alguna.

Garantiza la libre emisión del pensamiento sin censura previa, por cualquiera de los medios de difusión y comunicación social y el respeto a la ética y el secreto profesional de los periodistas.

El Poder Ejecutivo gestiona los servicios de radiodifusión y teledistribución estatales mediante un ente autárquico garantizando la integración al mismo de representantes del Poder Legislativo, respetando la plurali-

dad política y la participación consultiva de entidades y personalidades de la cultura y la comunicación social, en la forma que la ley determine. Los servicios estatales deben garantizar y estimular la participación social.

COMUNICACIÓN

Por Fernando E. Juan Lima

Conforme surge del debate producido en la Convención Constituyente que culminó con el dictado de la Constitución que rige la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el consenso que llevó a la redacción del artículo que aquí se examina se explica por la primacía del criterio tradicional en materia de prensa en los textos constitucionales y legislativos, que consiste en evitar enumeraciones detalladas o extensas. Se tuvo en cuenta que esta es una materia ya tratada en la propia Constitución Nacional, razón por la cual se señaló la conveniencia de no abundar en normas legislativas que pudieran confundir o derivar en una situación indeseada o generar consecuencias indirectas ya que, mucha veces, en aras de proteger derechos, se puede terminar limitándolos o abriendo las puertas para interpretaciones restrictivas.

Por otro lado, como no podía ser de otro modo, se ha tenido en cuenta la vigencia de normas internacionales que están incorporadas a la Constitución Nacional (conformando lo que conocemos como “bloque de constitucionalidad”),¹ como el Tratado de San José de Costa Rica, que regula muchas de las materias que fueron en su momento incluidas en distintos proyectos considerados por la comisión.²

1. Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998, T. I, p. 342.

2. Así informó el constituyente Eduardo Jozami. Cfr. *Diario de Sesiones. Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, Buenos Aires, Editorial Jusbares, 2016, T. 2, p. 525. Dicho constituyente concluyó que “El texto al que se ha llegado, luego de largas discusiones en la Comisión de Políticas Especiales, a mi juicio representa un consenso realmente importante. De ser aprobado este despacho, vamos a garantizar que las emisoras públicas de la Ciudad de Buenos Aires se manejen con los criterios más avanzados que hoy existen en otros países del mundo, donde se distingue claramente entre lo que es un medio de comunicación que corresponde al Gobierno de la Ciudad –subordinado a las políticas del gobierno de turno– y lo que

La referencia a las normas contenidas en los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional resulta insoslayable, razón por la cual los lineamientos jurisprudenciales y doctrinarios en torno a ellas elaborados resultan de particular interés. La manera en que dichos preceptos se armonizan en el marco del bloque de constitucionalidad federal conforma el marco en el que debe examinarse este artículo de la Constitución local. Así, tampoco debería olvidarse que en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos se enumeran los principios básicos que rigen la materia, en consonancia con las disposiciones del artículo 19 del Pacto de Naciones Unidas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social. Dicha libertad requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.³

No es este el lugar para abundar en lo que hace al orden normativo nacional, pero su cita resulta ineludible para poner en contexto la voluntad del constituyente porteño de afianzar la protección de la libertad de expresión y la libertad de prensa.⁴ Ello, por supuesto, en lo que

son las emisoras públicas, que tienen que estar al servicio del conjunto de la sociedad y, por lo tanto, tener una integración que garantice la pluralidad política y la jerarquía cultural de sus emisiones”.

3. “La Colegiación obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, párrafo 30; los casos “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, sentencia del 5 de febrero de 2001, párrafo 64; “Ivcher Bronstein vs. Perú”, sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafo 146; “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 108; y “Ricardo Canese vs. Paraguay”, sentencia del 31 de agosto de 2004, párrafo 77; cit. de la CSJN en “Grupo Clarín y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa”, fallo del 29 de octubre de 2013. Por lo demás, más allá de las aludidas dos dimensiones, no puede desconocerse que cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas, lo que habla de las particularidades del derecho en cuestión.

4. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 139. Allí el autor afirma que “La presente regulación constitucional que consagra la libertad de prensa en la Ciudad no viene a agregar ningún principio sustancial a la amplia forma como está garantizada la li-

hace al ámbito de su competencia. Lo expuesto en tanto resulta claro cuán importante se ha considerado esta materia para la instauración del sistema democrático enunciado en el propio Preámbulo.

Así, conforme señalan Sabsay y Onaindia:

... la protección de la actividad periodística asumida en la norma en comentario crea la obligación para la autoridad local de adoptar medidas concretas para el ejercicio de esta función y permitir el libre acceso a la información que posibilite el desarrollo de tal actividad.⁵

Si estas libertades forman parte de la esencia del sistema democrático, en el caso de la Ciudad, organizada como democracia participativa, tal como se enuncia en el artículo 1 de la Constitución local, ellas se transforman casi en un prerequisite ineludible del sistema.⁶ Infor-

bertad de prensa en la Constitución Nacional”. Como se dijo, no es este el lugar para repetir todo lo acaecido en el ámbito nacional; sin embargo, no puede dejar de advertirse una jurisprudencia consistente en la materia, que tiene que ver con el derecho sociológicamente vigente. Así, siguiendo el voto en disidencia del Dr. Fayt en el ya citado precedente “Grupo Clarín” del 29 de octubre de 2013, los pronunciamientos más clásicos sobre la materia posiblemente son los que obran en Fallos: 1:297 y 340; 3:371; 8:195; 10:361; 11:290; 17:110; 30:112; 30:540; 33:228; 39:265; 54:108; 85:246; 94:378; 100:337; 106:337; 107:272; 113:231; 114:60; 115:92; 118:183; 119:231; 129:66; 131:282; 154:363 y 155:57; 167:121; 179:423; 184:116; 205:545; 236:41; 239:459; 248:291; 248:529; 257:308; 269:200; 278:62; 282:392; 295:215, entre muchos otros. Por lo demás, esa línea jurisprudencial se ha visto profundizada tras la recuperación democrática en diciembre de 1983, de lo que dan cuenta, por ejemplo, los pronunciamientos de Fallos: 306:1982, “Ponzetti de Balbín”; 308:789, “Campillay”; 310:1715, “La Prensa S.A.”; 312:916, “Horacio Verbitsky”; 314:733, “Triacca”; 314:1517, “Vago c/Ediciones de la Urraca”; 315:632, “Abad”; 315:1492, “Ekmekdjian c/Sofovich”; 315:1699, “Tavares”; 315:1943, “Servini de Cubría”; 316:703, “Gutheim”; 316:1623, “Pérez Arriaga”; 316:2845, “La Nación S.A.”; 316:3149, “Monfardini”; 319:2741, “Morales Solá”; 319:2959, “Acuña”; 320:985, “De Gainza”; 320:1022, “Tele Cable Color S.A.”; 320:1191, “Emisiones Platenses S.A.”; 320:1272, “Pandolfi c/Rajneri”; 321:479, “Neustadt”; 321:885, “Petrij”; 321:2314, “Rozemblum”; 321:2617, “Cavallo”; 321:2848, “Menem, Eduardo (imputado Tomás Sanz)”; 321:3404, “Alsogaray, María Julia”; 324:2419, “Bruno c/La Nación”; 327:138, “Cossio”; 327:4376, “Cavallo”; 330:2168, “Oyarbide”; 330:3908 y 331:2237, “Editorial Río Negro”; 331:1530, “Patitó”; 332:2559, “Brugo c/Lanata”; 334:1714 y 334:1722, “Melo c/Majul”.

5. Sabsay, Daniel Alberto y Onaindia, José Miguel, *La Constitución de los porteños. Análisis y comentario*, Buenos Aires, Errepar, 1997, p. 112..

6. De hecho, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que el debate democrático exige el mayor pluralismo y las más amplias oportunidades de expresión de los distintos sectores representativos de la sociedad. De lo contrario, no existirá un verdadero intercambio de ideas, lo que generaría como consecuencia directa un empobrecimiento del debate público y afectaría las decisiones que se toman de manera

mación, comunicación, expresión son libertades cargadas de valores que se hallan en el centro del paradigma axiológico del derecho local: está claro que la libertad de expresión termina siendo la exteriorización de la libertad de pensamiento a través de la cual se promueve la autonomía personal y el desarrollo de quien la ejerce como individuo. En ese contexto no es casual la referencia al pluralismo ya en el Preámbulo de la Ley Fundamental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ese pluralismo encuentra una concreta aplicación en la creación del ente autárquico que tiene a su cargo la administración de los servicios de radiodifusión y teledistribución.⁷

Uno de los principios liminares de la libertad de prensa es asegurar que ella se ejerza en forma plural, de modo tal que no solamente un sector social o un grupo económico tenga la posibilidad de hacerse escuchar a través de un tipo técnico de comunicación social. Esto es algo importante que no puede dejar de ser tenido en cuenta: cada medio técnico de prensa tiene una llegada diferente y ello califica también el ejercicio de la libertad. No es lo mismo contar con un medio escrito que con uno oral o uno televisivo. La concentración en tal caso puede llevar a la distorsión del funcionamiento de una libertad de prensa plural.⁸

El texto constitucional no sólo consagra la libertad de expresión sino que va más allá, al transformar al Estado en garante de la pluralidad de emisores, de la libre manifestación del pensamiento y el respeto a la ética, y del secreto profesional de los periodistas.⁹ La libertad expresiva, además de fortalecer la libertad y la dignidad personales, favorece el descubrimiento de la verdad en cualquier ámbito y materia, mediante la práctica del libre debate.¹⁰

Como se dijo, el derecho a la libertad de expresión posee una dimensión individual y otra colectiva. La primera tiene que ver con el

colectiva. La libertad de expresión, desde esta visión, se constituye fundamentalmente en precondition del sistema democrático (CSJN en “Grupo Clarín y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa”, fallo del 29 de octubre de 2013, considerando 22).

7. Sabsay, Daniel Alberto y Onaindia, José Miguel, *op. cit.*, Buenos Aires, p. 112.

8. Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, p. 138.

9. Cfr. la intervención del convencional Riopedre al discutirse el texto de este artículo. *Diario de Sesiones. Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996, op. cit.*, p. 528.

10. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 81.

derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar –o no hacerlo– sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc. a través de cualquier medio.¹¹ Este derecho comprende: (a) el derecho de expresar las ideas, de participar en el debate público, de dar y recibir información y de ejercer la crítica de modo amplio;¹² (b) la actividad profesional del periodista, a los fines de evitar restricciones que impidan el acceso a la información o que pongan en riesgo sus bienes, su libertad o su vida;¹³ (c) la libertad de imprenta, contemplada en el artículo 32 de la Constitución Nacional.¹⁴

En su faz colectiva, la libertad de expresión es un instrumento necesario para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública. Desde este punto de vista, la libertad de expresión constituye una piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática como sistema de autodeterminación colectiva por el cual los individuos toman las decisiones que fijan las reglas, principios y políticas públicas que regirán el desenvolvimiento de la sociedad política.¹⁵ Si en la dimensión individual la actividad regulatoria es (o debería ser) mínima, consistir básicamente en un “no hacer”, en una abstención de intervenir, en la faz colectiva el sistema democrático exige una protección activa por parte del Estado.

En este sentido, al Estado cabe garantizar el acceso igualitario de todos los grupos y personas a los medios masivos de comunicación o, más exactamente, “que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios”, lo que exige:

... ciertas condiciones respecto de estos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación los que sirven para ma-

11. Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1988, T. I, p. 269.

12. Cfr. artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

13. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Kimel vs. Argentina”, sentencia del 2 de mayo de 2008.

14. CSJN en “Grupo Clarín y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa”, fallo del 29 de octubre de 2013, considerando 19.

15. El Máximo Tribunal argentino en el citado precedente “Grupo Clarín” confirma lo expuesto, recordando lo afirmado por su par estadounidense en cuanto a que “se trata de la esencia misma del autogobierno” (*Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64, 1964).

terializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad.¹⁶

Como ha hecho el más alto tribunal federal en el citado fallo “Grupo Clarín”, lo expuesto se relaciona con lo sostenido por Carlos S. Nino en cuanto a que para que los consensos surjan es necesario el debate de voces múltiples, que puedan expresarse con idéntica capacidad de introducir temas en la agenda.¹⁷ La tendencia al discurso único y la tentación de construir un relato que se imponga de manera unilateral e indiscutida al pueblo son peligros que atentan contra la base misma de una sociedad pluralista, multívoca, realmente libre. El propio hecho de que no exista una adecuada regulación legal sobre la materia en el orden local (a la que se hace referencia en la propia norma contenida en el artículo 47 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) podría ser indicativo de que aquella tentación atraviesa transversalmente todo el espectro político.¹⁸ Sin embargo, está claro que la ausencia de regulación subconstitucional, conforme lo normado en el artículo 10 de la propia carta constitucional, en modo alguno puede constituirse en una cortapisa a la aplicación de los principios contenidos en el artículo en examen.

Es novedosa la referencia al “respeto a la ética periodística”. El alcance de este principio debe estar dirigido a asegurar que sean los periodistas, en la forma y modo que ellos consideren convenientes, quienes regulen, sin interferencia de ninguna naturaleza, lo atinente al desempeño ético de su profesión.¹⁹ Esta idea de autonomía e independencia no empece a que se deba advertir el relevante rol que los medios de comunicación tienen en la formación del discurso público. El deber de abstención impuesto al Estado en lo que hace al respeto del

16. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 5/85 del 13 de noviembre de 1985.

17. Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

18. Muy interesante resulta el proyecto de ley presentado al respecto por el diputado Roy Cortina.

19. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, op. cit., p. 139.

“secreto profesional” de los periodistas es una garantía que protege la esencia de su trabajo. El aludido tema de la ética periodística obliga a adoptar idéntica tesitura (de no intervención) en lo que a ella respecta, lo que no deja de ser una opción de hierro en razón de que los medios de comunicación masiva, como la televisión, la radio y los diarios tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc. de todos los habitantes:

Si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por solo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas ejercen el control sobre la información y, directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático.²⁰

La norma alude con claridad a dos circunstancias. Una relacionada con el hecho de que la libertad de expresión puede verse afectada no por la intervención estatal, sino por la configuración o existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación. Recae sobre el Estado la obligación de proveer los mecanismos para socializar adecuadamente la posibilidad de comunicar, para que no gocen de ella sólo los medios de prensa organizados como empresa, sino también las instituciones civiles, los partidos políticos, las organizaciones de la sociedad y los propios ciudadanos. La manera de actuar en este sentido tiene que ver con el establecimiento de medios estatales de radiodifusión y televisión.²¹ Y el objetivo primordial de ellos debiera enderezarse a la promoción de la participación ciudadana, la profundización del debate democrático, la inclusión de audiencias no contempladas por el sector comercial y la satisfacción de necesidades de información de interés público y carácter social, cultural y educativo.

20. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2000, principio 12, punto 55.

21. En la actualidad la Ciudad cuenta, en principio, con el Canal de la Ciudad, la AM 1110 y la FM 2 x 4.

Sin embargo, en consonancia con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación con la distribución de lo que se conoce como la “pauta oficial” (lo que el Estado invierte en publicidad en los medios privados o no oficiales),²² lo aludido en el párrafo precedente no habilita a la adopción de medidas que puedan implicar la imposición de un paradigma ético o la vulneración del secreto profesional. Ese es el difícil rol que le cabe al Estado, que debe encontrar el punto de equilibrio en el cual las medidas que adopte para evitar la concentración nunca puedan derivar en lo que no sería sino la concentración en otras manos (las propias).

22. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Río Negro”, 330:3908; “Radio-difusora pampeana”, 331:2893; y “Perfil”, 334:109.

Capítulo Decimoséptimo

Economía, Finanzas y Presupuesto

LAS POTESTADES DE REGULACIÓN ECONÓMICA, FINANCIERA Y CREDITICIA DE LA CABA

Por Vanina V. Fernández y Gustavo J. Naveira de Casanova

Artículo 48

Es política de Estado que la actividad económica sirva al desarrollo de la persona y se sustente en la justicia social.

La Ciudad promueve la iniciativa pública y la privada en la actividad económica en el marco de un sistema que asegura el bienestar social y el desarrollo sostenible.

Las autoridades proveen a la defensa de la competencia contra toda actividad destinada a distorsionarla y al control de los monopolios naturales y legales y de la calidad y eficiencia de los servicios públicos.

Promueve el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas, los emprendimientos cooperativos, mutuales y otras formas de economía social,

poniendo a su disposición instancias de asesoramiento, contemplando la asistencia técnica y financiera.

EL DESARROLLO DE LA PERSONA CON JUSTICIA SOCIAL

La vinculación entre los conceptos de Estado, economía y justicia social cuenta con un profundo arraigo en las estructuras sociales y se vuelve indispensable para lograr una organización normativa que respete y refleje las necesidades de las comunidades sobre las que regirá un determinado sistema jurídico.

Es así que el texto constitucional debe recibir estas relaciones que resultan imprescindibles para el desarrollo de una sociedad y su reflejo normativo, el Estado. Si entendemos que el poder constituyente es el que, en definitiva, hace lugar a la autodeterminación de una comunidad, entonces se puede decir que “El poder final debe emanar del consenso, al que se concibe racionalmente expresado. Y entre los órganos del Estado debe proseguir el eterno desafío del difícil equilibrio entre el poder de establecer y el poder de equilibrar, entre el poder de hacer y el poder de controlar”.¹ Es exactamente a estos fines a los que deben aspirar las políticas económicas adoptadas por un Estado, en este caso, el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA, en adelante).

Las exigencias de igualdad y de eficiencia gravitan enormemente en la apreciación comunitaria de las formas de gobierno, aún más en las democráticas. Como señaló Vanossi, debe procurarse la combinación armónica de los derechos civiles mediante garantías de control, para asegurar la creatividad por la acción humana, con los derechos *políticos* por medio de la legitimidad y la participación para asegurar el autogobierno, más los derechos *sociales* para efectivizar una mayor igualdad gracias a la seguridad y a la distribución. La meta es “el derecho a la autorrealización de la persona”, como lo denomina con acierto Carl Friedrich.²

No es coincidencia, entonces, que el contexto en que lo económico se presenta sea estudio de la justicia, donde cada sustantivo de con-

1. Vanossi, Jorge Reinaldo, *El pensamiento vivo de la Constitución*, Buenos Aires, Losada, 1983, p. 20.

2. *Ibidem*, p. 28.

tenido económico aparece acompañado por un adjetivo (*justo o justa*), por lo que el resultado global es una doctrina del “deber ser” o una *economía normativa*.³ Es clara la asociación entre las finalidades económicas y el concepto de justicia social.

Este último concepto no es una construcción original o propia de los textos constitucionales, sino que ya se encontraba presente en las distintas doctrinas religiosas. En palabras de Juan Bautista Alberdi, “la religión debe ser hoy (...) el primer objeto de nuestras leyes fundamentales (...). En este escrito de política, sólo será mirada como resorte de orden social, como medio de organización política”.⁴

Por tales razones, y a modo de simple introducción, es dable citar brevemente algunas de las opiniones que respecto de la justicia social han sostenido diversas expresiones religiosas con amplia influencia en nuestro país.

De un lado, el catolicismo ha entendido que

La Economía también se debe encontrar al servicio del hombre y de la sociedad. Su objeto es la formación y el incremento progresivo de la riqueza tanto en términos cuantitativos como cualitativos, pero todo ello, sin olvidar su dimensión moral: esto es, que en el afán de obtener beneficios económicos no se menoscaben derechos de seres humanos, de grupos sociales, o de pueblos enteros, sino que se practique la virtud de la solidaridad y una justa distribución de los bienes y servicios.⁵

No son pocos los pronunciamientos que sobre el tema se han dictado. Por ejemplo, Pío XII enseñó que “No existe duda alguna sobre el deber de cada ciudadano de soportar una parte de los gastos

3. Fernández López, Manuel, *Historia del pensamiento económico*, Buenos Aires, Editorial A-Z, 1998, p. 20.

4. Mayer, Jorge, *El pensamiento vivo de Alberdi*, Buenos Aires, Losada, 1984, p. 53.

5. Andrejín, Diego y Braccia, María Luján, “Apuntes de Cátedra” [Bolílla I, punto c: La doctrina pontificia en materia económica y financiera. La cuestión social. Los documentos del Magisterio de la Iglesia, Encíclicas de la *Rerum Novarum* (León XIII, 1891) *Centesimus Annus* (Juan Pablo II, 1991)], página web de la cátedra de Gustavo J. Naveira de Casanova, Facultad de Derecho, UBA. Añaden que “La solitud social no ha tenido ciertamente inicio con ese documento, porque la Iglesia no se ha desinteresado jamás de la sociedad; sin embargo, la encíclica *Rerum Novarum* da inicio a un nuevo camino, injertándose en una tradición plurisecular, marca un nuevo inicio y un desarrollo sustancial de la enseñanza en el campo social” (*Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, Conferencia Episcopal de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 73).

públicos”.⁶ Por su parte, Juan XXIII nos dice: “Todos los hombres y todas las entidades tienen obligación de aportar una contribución específica a la prosecución del bien común”.⁷ La carta encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, obra del Papa León XIII, dio inicio a lo que hoy se conoce como *Doctrina Social de la Iglesia*.⁸ En ella se plasmó el claro interés de la Iglesia en iniciar una reforma social cristiana destinada a brindar soluciones a la llamada *cuestión social* que aquejaba –y aqueja–, a gran parte de la población mundial en situación de vulnerabilidad. La propiedad fue apreciada así como un derecho natural del hombre inserto en un orden común y que es el destino común de la tierra. De allí que la propiedad tenga ínsito en su reconocimiento un fin social o de utilidad común.

A la indicada encíclica *Rerum Novarum* le siguió la carta encíclica *Quadragesimo Anno* del Papa Pío XI, como homenaje a la labor de León XIII. En ella se hizo hincapié en que “durante mucho tiempo, en efecto, las riquezas o capital se atribuyeron demasiado a sí mismos. El capital reivindicaba para sí todo el rendimiento, la totalidad del producto, dejando al trabajador apenas lo necesario para reparar y restituir sus fuerzas”. La recomendación de la encíclica se centró en dejar asentada la idea de que

... a cada cual, por consiguiente, debe dársele lo suyo en la distribución de los bienes, siendo necesario que la partición de los bienes creadores se revoque y se ajuste a las normas del bien común o de la justicia social, pues cualquier persona sensata ve cuán gravísimo trastorno acarrea consigo esta enorme diferencia actual entre unos pocos cargados de fabulosas riquezas y la incontable multitud de los necesitados.⁹

El rasgo distintivo de la *Rerum Novarum* es el énfasis que le otorga a la idea de desarrollo integral, esto es la idea de que la búsqueda de la

6. Discurso dado ante el X Congreso de la Asociación Fiscal Internacional, 03/10/1956; citado en: Palumbo, Carmelo E., *Guía para un estudio sistemático de la Doctrina Social de la Iglesia*, Buenos Aires, EDUCA, 1987, T. III, p. 153.

7. *Pacem in Terris*, 53, citado en: Palumbo, Carmelo E., *Guía para un estudio sistemático de la Doctrina Social de la Iglesia*, op. cit., p. 153.

8. La reseña efectuada puede consultarse en Mansueti, Hugo Roberto, “El 120° Aniversario de la Doctrina Social de la Iglesia y reflexiones sobre cuatro significados actuales del trabajo humano”, *El Derecho*, N° 12.762, publicado el 02/06/2011.

9. Pío XI, *Quadragesimo Anno*, 15/05/1931, 58.

prosperidad económica no debe ser concebida como “exaltación de la riqueza por la riqueza misma” sino como condición del bienestar humano “al que la riqueza contribuye”.¹⁰ Por su parte, el Papa Paulo VI continuó esa línea de pensamiento en la encíclica *Populorum Progressio*, del 26 de marzo de 1967, mencionando la necesidad de impulsar como objetivo común el desarrollo integral del hombre, globalizando la solidaridad.

Más cercana en el tiempo, hallamos la encíclica *Deus Caritas Est*, dictada por el Papa Benedicto XVI el 25 de diciembre de 2005. En su contenido prepondera la importancia del rol del Estado. Allí se ha dicho:

El Estado que quiere proveer a todo, absorbe todo en sí mismo, se convierte en definitiva en una instancia burocrática que no puede asegurar lo más esencial que el hombre afligido –cualquier ser humano– necesita: una entrañable atención personal. Lo que hace falta no es un Estado que regule y domine todo, sino que generosamente reconozca y apoye, de acuerdo con el principio de subsidiaridad, las iniciativas que surgen de las diversas fuerzas sociales y que unen la espontaneidad con la cercanía a los hombres necesitados de auxilio.¹¹

Estos lineamientos no han sido ajenos a la forma de interpretar nuestro ordenamiento jurídico, ya que de una u otra forma fueron tomados en cuenta por la propia CSJN en más de una oportunidad. A modo de ejemplo, podemos citar la causa de Fallos: 208:497, “Martín y Cia. Ltda. v. José Silvestre Erazo”, del 19/09/1947, en la cual sostuvo que “El libre juego de la voluntad individual no siempre es compatible con la preeminencia del bien común”. Así, la CSJN se propuso reconocer que las partes no están en igualdad de condiciones, por lo que es el Estado quien debe intervenir en cumplimiento de deberes primarios para evitar que el accionar de los particulares se dirija a suplantar al Estado. Afirmó que entre los deberes del Estado se encuentran aquellos cuyo fin está enderezado al aseguramiento de la justicia distributiva, a la tutela de la dignidad humana de los que trabajan y al ajuste de la producción a las reales necesidades del consumo.

Otra sentencia que presenta interés en este sentido es la de Fallos: 226:408, “Banco de la Nación Argentina v. Poder Ejecutivo de la provincia de Mendoza”, del 20/08/1953, en el cual la CSJN declaró la invali-

10. Andrejin, Diego y Braccia, María Luján, “Apuntes de cátedra”, *op. cit.*

11. Benedicto XVI, *Deus Caritas Est*, 25/12/2005, 28.

dez de una norma que obligaba al Banco Nación al pago de un tributo, y para ello desarrolló un nuevo concepto acerca de las funciones gubernamentales. Al respecto, Oyhanarte recuerda que “el concepto de ‘Estado vigilante’, se lee en la sentencia, ha sido superado. El moderno ‘derecho social’ reconoce al Estado nuevas funciones orientadas a la defensa de la colectividad. Funciones que debe ejercer para ‘cumplir con los servicios públicos’, ‘cuidar los derechos sociales’ y ‘defender la producción de los consumos’”.¹² La noción del Estado como enemigo de la libertad es superada por una concepción del Estado como agente del bien común. Este concepto apareció ya en la causa registrada en Fallos: 201:432, “Compañía de Electricidad de Corrientes v. Provincia de Corrientes”, del 27/04/1945. La idea de justicia social está asociada a la condición humana y a la vida en sociedad, con independencia de las épocas, los lugares geográficos y la religión que se profese.

Estos pensamientos no sólo han sido sostenidos por el catolicismo, sino que se encuentran presentes en distintas religiones que también han sabido pronunciarse sobre sus alcances. A modo de ejemplo podemos mencionar, por el lado del judaísmo, el texto de la Torá que, en un sentido amplio, puede entenderse como cuerpo total de las enseñanzas y leyes judías. Entre ellas encontramos el concepto de descanso semanal –Shabat–, institución destinada a liberar al hombre (a todo hombre, sin exclusión alguna) de sus obligaciones laborales por un día: “No hagas trabajo alguno en ese día, ni tampoco tu hijo o tu hija, ni tu esclavo o tu esclava, ni tu buey, ni tu asno, ni ninguno de tus animales, ni el extranjero que vive en tus ciudades, para que tu esclavo y tu esclava descansan igual que tú” (Deuteronomio 5:14). Otra muestra del interés del legislador israelita por la justicia social lo vemos en otras regulaciones que nos parecen revolucionarias para su época, como el diezmo trienal (Deuteronomio 14:28-29) o el año sabático (Deuteronomio 15:1-11).¹³

Por su parte, el Islam tampoco ha sido ajeno a esta idea y, en su faz reformista, propuso su propia renovación y la introducción de un modelo político y social en que el espíritu y la ley de dicha religión gobiernen la vida de la comunidad. El Islam, al comprender la Crea-

12. Oyhanarte, Julio, “Historia del Poder Judicial”, *Todo es Historia*, N° 61, 1972, p. 111 y ss.

13. Ver Roitman, Adolfo, *La justicia social en la cuestión judía*. Disponible en: <file:///E:/La%20Justicia%20Social%20en%20la%20Visi%C3%B3n%20Jud%C3%ADa.htm>

ción como un todo único, se reconoce como el orden social en el que la igualdad de todos los individuos y su responsabilidad hacia los demás miembros de la comunidad está garantizada.¹⁴

En lo que atañe a los compromisos asumidos a nivel internacional, un claro exponente de la relevancia que ostenta el concepto de desarrollo y justicia social se encuentra en la Ley N° 23981 que aprueba el tratado suscripto para la constitución de un Mercado Común entre las Repúblicas Argentina, Federativa del Brasil, Paraguay y Oriental del Uruguay. Entre sus considerandos se menciona que “la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social”.

La vinculación entre la economía del Estado y el fin de justicia social se traduce en la actividad económica de aquel a la luz de las Finanzas Públicas. Si bien ambas versan sobre actividades sustancialmente económicas (nótese que así lo refiere la propia redacción del artículo 48 de la Constitución de la CABA), no se guían por los mismos parámetros o limitaciones que aplican a las actividades privadas, en cuanto –en síntesis– no se rigen por la rentabilidad económica, no es exclusivamente monetaria y, por lo general, son los gastos los que condicionan los ingresos. Asimismo, se ve constreñida por criterios de carácter jurídico, contable y político. Estos últimos, precisamente vinculados al rol y participación del Estado como actor en los mercados (activo o subsidiario) de acuerdo al contexto socioeconómico imperante en cada momento, debiendo expandir o contraer sus funciones e intromisión en los mercados, de acuerdo a las variables necesidades de estos, siempre tendiendo a preservar y consagrar las tres funciones primordiales de la actividad económica: las funciones de *estabilización*, de *redistribución* y de *asignación* (que más adelante se desarrollan).

Justamente, es esa segunda función mencionada la encargada de buscar la distribución de la renta y de la riqueza entre los individuos que integran el grupo social de acuerdo con el punto de vista político expresado por los órganos de decisión colectiva. Ella admite ser discutida en términos de justicia en tanto el objetivo social (la redistri-

14. García Novo, Marta: “La Justicia Social en el Islam”, REIM - *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos*, N° 6 (septiembre-diciembre 2008), pp. 162-164 (citado por Andrejin y Braccia, “Apuntes...”, *op. cit.*).

bución de la renta) también resulta susceptible de ser valorado como justo o injusto para buscar una cierta conformidad social al respecto, entrando en juego las valoraciones políticas, de oportunidad o conveniencia. Es precisamente aquí donde nos encontramos ante la faz práctica de los criterios de justicia social que mencionamos en los párrafos anteriores.

Ejemplos de estas valoraciones –considerando que el mercado no garantiza de manera natural o automática la redistribución ni conveniente ni justa de la renta, generando desigualdades que menoscaban el bienestar general que rige en esta materia– lo representan los debates parlamentarios suscitados en torno a la aprobación de la redacción de este artículo de la Constitución de la CABA.

Así, en ese debate constituyente se dijo:

Este día en que nos reunimos para sancionar las disposiciones que sobre el tema económico van a figurar en la Constitución de la Ciudad, los hombres políticos de la mayoría de los bloques que integramos esta Convención Constituyente también nos hemos reunido para expresar, junto con amplios sectores de la sociedad argentina, nuestra protesta por el actual rumbo de la política económica, nuestro reclamo por un urgente cambio de esa política y nuestra decisión de seguir convocando a todos para encontrar los caminos que permitan que en la Argentina se vuelva a conciliar el crecimiento de la economía con la justicia social y el respeto de los derechos laborales, con el fin de cerrar en última instancia este capítulo en el que parece que la economía ha dejado de estar al servicio de la gente para pasar al servicio de los intereses de muy pocos. Si lo pensamos desde esta perspectiva, como estamos obligados a hacerlo toda vez que nuestras convicciones en esta materia son muy firmes y seguramente lo son las de la mayoría de los señores convencionales, el texto que vamos a aprobar puede parecernos demasiado general. Sin embargo, sabemos que tenemos que buscar un consenso muy amplio *para sancionar esta Constitución y sabemos también que ella no puede contener o recoger un programa económico sino simplemente aquellos grandes objetivos a cuyo servicio debe estar la actividad económica y la política del Estado en esta materia*. Si después de esta reflexión hacemos una segunda lectura del texto que vamos a aprobar, coincidiremos en que con toda la amplitud del caso estamos señalando algunos conceptos que tienen que ser fundamentales y que no son los que orientan desde hace años el funcionamiento de la economía y

el discurso dominante, tanto en los ámbitos oficiales como en algunos círculos académicos. El despacho que vamos a votar dice que la economía se sustenta en el desarrollo de la persona y en la justicia social. No está mal que esta Convención Constituyente hable de la justicia social en un momento en el que en la Argentina estamos viendo cómo se promueve la pérdida de las pocas reivindicaciones laborales que van quedando; en un momento en el que vemos cómo se promueve desde las esferas oficiales la profundización de una política que ya no tiene, ni siquiera en el discurso, puntos de contacto con la justicia social. (...) Creemos que este conjunto de disposiciones va a terminar mostrando que esta Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires, consciente del momento que vive el país y de la profunda crisis que vivimos los argentinos, sabe anteponer el interés de la sociedad por encima de cualquier otro interés privado y confía cuando hace una Constitución no para hoy sino para que rijan durante muchas décadas en que finalmente este rumbo va a ser corregido y en que alguna vez vamos a poder vivir en un país en el que, como dice este despacho, la economía esté al servicio del desarrollo de la persona y de la justicia social” (el destacado nos pertenece).¹⁵

En el mismo sentido se agregó que

Dejamos plasmado el deseo de articular las bases de una sociedad más justa, que en un ámbito de amplia libertad individual proporcione adecuados elementos a sus integrantes para que verdaderamente logren su realización personal, sin abandonar esenciales principios de solidaridad social, que han resultado bases firmes en la construcción de nuestra Nación.¹⁶

De esta forma, el contenido del artículo 48 intenta volcar la visión de la actividad económica al servicio de la sociedad, es decir de su progreso y realización, en los vecinos de la CABA, ordenando la primacía tanto de la equidad como la justicia social. Ambos principios apreciados en consonancia con las bases filosóficas de las Finanzas

15. Exposición del convencional Jozami en la reunión de sesión ordinaria del 3 de septiembre de 1996. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960903/960903.htm#DesarrolloActividadEconómica

16. Exposición de la convencional López en la reunión de sesión ordinaria del 3 de septiembre de 1996. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960903/960903.htm#DesarrolloActividadEconómica

Públicas modernas, que pueden traducirse en juicios de valor vinculados con el concepto de bienestar.

Es necesario recordar que no siempre se logrará un consenso unánime sobre este punto pues las valoraciones de bienestar pueden ser diversas para los individuos en particular; no obstante, pueden analizarse desde dos ópticas diversas: el criterio de eficiencia productiva y el de eficiencia según el bienestar individual. La elección entre los diferentes criterios para determinar cuál es la situación socialmente deseable implica comparar y considerar distintas distribuciones de recursos entre los miembros de un grupo social, en este caso, los vecinos de la CABA, y realizar valoraciones tanto económicas como políticas. Prueba de ello son las consideraciones vertidas por los convencionales a la hora de elegir la redacción de la actual norma constitucional, cuando se expresó que

Las modernas tendencias económicas vinculadas con el desarrollo colocan al hombre capacitado adecuadamente como centro del desarrollo integral de la sociedad. Sólo van a progresar fuertemente las sociedades que contemplen sistemáticamente a sus habitantes como sustento del progreso económico y social. Entendemos que estos principios propuestos en el artículo en consideración proporcionarán el punto de partida adecuado para el logro de estos ineludibles propósitos.¹⁷

LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

El artículo 48 delimita los alcances de la política de Estado y, de su contenido, se infiere la presencia de los presupuestos básicos que definen las Finanzas Públicas y la inherente e imprescindible actividad financiera del Estado.

Para estudiar los alcances de esta norma no puede pasarse por alto la tarea de la Convención Constituyente, que ponderó en cada tema la referencia existente en la Constitución Nacional (CN, en adelante) y, a partir de ella, procurando evitar incurrir en contradicciones con su texto, procedió a ampliar las ideas plasmadas en cada campo y temática a tratar.

17. Ídem.

Al aplicar esta metodología, común en el campo del derecho, la primera dificultad o, al menos, diferencia relevante que se presentó, fue el hecho de que la CN prácticamente no hace mención expresa a los temas económicos –con excepción de sus artículos 14 bis y 42, donde se enumeran derechos del trabajador y derechos de los consumidores–. La CN se centra sustancialmente en los aspectos políticos de la vida argentina. Su texto se sumerge en la necesidad de reglar la distribución del poder y los derechos y garantías individuales a nivel nacional, estableciendo competencias y limitaciones más o menos claras, pero con carácter homogéneo y con una clara función unificadora. Ella conforma el marco normativo superior de la Nación, en el cual se plasma la estructura del Estado, la forma de gobierno, los poderes existentes y los derechos y obligaciones tanto del Estado como de los ciudadanos. Puede decirse que es una consecuencia de la idea del contrato social, parafraseando a J.-J. Rousseau y, por ende, su contenido delimita toda la actividad del Estado y de sus habitantes. A tenor de la relevancia del plexo nacional, se tornó visible para los convencionales la imperante intención de consolidar reglas de juego elementales de carácter político para la relación entre los individuos.

Es útil recordar que la propia CSJN ha reconocido la relevancia del rol de la política, al decir que esta, “en el sentido más alto, como arte para arribar al poder en su faz agonal y como ciencia en la conducción cuando se llegó a la etapa de gobernar, es esencial e insustituible para la vida en una comunidad políticamente organizada, para evitar la anarquía, el recurso de la violencia y la disolución del Pacto”.¹⁸ No escapa, entonces, su contenido de los principios elementales y rectores de la materia de las Finanzas Públicas, sólo que no aparecen delineados tan concretamente en la CN como sí en este artículo 48 de la Constitución de la CABA.

Dentro de este contexto, y atentos a la creciente globalización de las economías mundiales que provoca lo que se conoce como *efecto dominó* en los diversos mercados nacionales, los convencionales ponderaron la situación de crisis mundial que se respiraba en 1996 (las crisis económicas en México, en Rusia y en el sudeste asiático, respectivamente,

18. Fallos: 327:1914, “Eduardo Moliné O’Connor”, del 01/06/2004, del voto particular del Dr. José Alejandro Mosquera.

por ejemplo, con sus cimbronazos en el resto del orbe) y entendieron que era necesario avanzar por encima de lo establecido en la CN, con nuevos conceptos involucrados en artículos como el aquí estudiado.

El texto de este artículo, entonces, deja claramente asentadas las obligaciones del gobierno de la CABA de propender a una dinámica económica consecuente con las finalidades estatales. Esta postura intentó afrontar las crisis existentes.

En su redacción cita e incorpora principios rectores de naturaleza económica para incluir en el texto de la Constitución de la CABA, que permitan dar un marco jurídico para la estructura, el sustento y el funcionamiento de la actividad económica.¹⁹

Debe mencionarse que para arribar al concepto de Finanzas Públicas es preciso partir de la noción de actividad económica, la que puede definirse como aquel quehacer del hombre que se vincula con el concepto de *escasez*. Por otra parte, la actividad económica es el aspecto de la actividad humana en el que introduce la utilización de medios escasos (bienes económicos) y susceptibles de usos alternativos para conseguir fines diversos y así satisfacer ciertas necesidades y objetivos. La economía se ocupa de la asignación de recursos que son escasos o insuficientes para la satisfacción de necesidades que son más amplias que aquellos. En otras palabras, hay más necesidades a cubrir que recursos con los cuales satisfacerlas, por lo que se torna necesario acudir a criterios que establezcan prioridades para determinar cuáles serán cubiertas y en qué medida.

Para atender las necesidades amplias del conjunto de habitantes, el Estado debe realizar gastos y proveerse de ingresos para alcanzarlos. Ordena medios, no resultados, y este punto es relevante, pues de la lectura de este artículo 48 se desprende la intención de ordenar medios al hablar de *promover* y *proveer* con el fin de alcanzar esos objetivos asociados, precisamente, al bienestar general y a la satisfacción de necesidades públicas. Este bienestar está en cierta e indeterminada relación con la cantidad de bienes y servicios que ellos consumen, es decir, de la riqueza de la cual pueden gozar.

19. Del argumento expuesto por la convencional López en la reunión de sesión ordinaria del 3 de septiembre de 1996, *op. cit.*

LA PROMOCIÓN ESTATAL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

Otro punto relevante de la redacción de este artículo es la mención que efectúa a la *iniciativa privada* dentro de un contexto que asegure el bienestar social. No se pierde de vista la presencia de una iniciativa pública del Estado que rige en materia económica.

Los fallos o vacíos del mercado, como el desempleo o la inequitativa e injusta redistribución de la riqueza, deben resolverse con la presencia de políticas industriales, sociales y de empleo, todas ellas *aggiornadas* a las variables tecnológicas, económicas y sociales que se presenten dentro del dinamismo propio de la economía y de las Finanzas Públicas del Estado. De allí que al texto constitucional deba imprimirse esa capacidad de adaptación, versatilidad y dinamismo que se condice con la finalidad de la actividad económica.

Por ello, podemos afirmar que las herramientas para redistribuir exceden el ámbito de la actividad financiera estatal, puesto que las normas que rigen la actividad económica privada también podrían causar cambios en la distribución de la renta sin por ello tener carácter financiero. De allí la importancia de un plexo normativo coherente con los objetivos perseguidos por los convencionales.

La intención expresada al incluir el concepto de integración en la promoción de iniciativas públicas y privadas fue la de generar condiciones para que los objetivos buscados por medio de la actividad financiera pudieran ser alcanzados. Se procuró brindar un marco jurídico amplio, democrático y plural, adaptado a las facultades del Estado en pos de la realización personal de sus habitantes. Ello, mediante la implementación de políticas públicas que permitiesen, en conjunto, el control de la actividad económica y la eficiencia de las tareas a su cargo. En otras palabras, se buscó plasmar en el texto constitucional que regiría para la CABA la clara idea de que es política de Estado que este ordenase sobre la Economía, y que esta se encontrase al servicio del hombre y no viceversa.

EL ESTADO INTERVENTOR

Para brindar algunas otras precisiones sobre este punto es necesario reseñar la idea de la economía de libre mercado (conjunto

de mercados libres de la injerencia estatal) y el Estado interventor. En este se halla la economía controlada centralmente, con una fuerte vigilancia estatal. Todas las decisiones sobre la asignación de recursos se ven influidas y controladas por las autoridades estatales; las empresas y las familias producen y consumen como se les ordena, a la vez que el Estado tiene una participación activa en la producción de bienes y de servicios que se transan en los mercados. En la noción de Estado que delinea la Constitución de la CABA, por el contrario, se piensa que esa *mano invisible* no es tan efectiva o bien que, de serlo, lo es pero a un inaceptable largo plazo, con el consiguiente tendal de sufrimientos y padecimientos que se dan durante ese ajuste automático. Por tales razones, el Estado debe sustituir a los privados en determinadas circunstancias, no sólo regulando los mercados de manera más profunda, sino además interviniendo en ellos como actor.²⁰

La función estabilizadora

El mercado suele funcionar de manera cíclica, con etapas ascendentes y otras descendentes. Hay ciertos desequilibrios que no se reconducen automáticamente sin la intervención del Estado, o bien que en su duración dejan un saldo social inadmisibile, circunstancia que justifica la actuación pública para mitigar estos efectos negativos, ya que las estadísticas no hacen sino contabilizar el padecer de personas concretas.

La actuación estatal en este sentido ha de tender a ajustar la demanda agregada (el conjunto o sumatoria de toda la demanda individual de bienes y servicios por los actores económicos en una economía dada) a fin de solucionar las situaciones de inflación o desempleo.

Los instrumentos más comúnmente utilizados en este ámbito son: a) la política monetaria: controlar la cantidad de circulante (la moneda como mercancía) que existe en el mercado; y, b) la política presupuestaria, para aplicarla de manera anticíclica, con el objeto de aminorar y controlar los desajustes del mercado.²¹

20. Ver Naveira de Casanova, Gustavo J., *Finanzas Públicas y Derecho Financiero*, Buenos Aires, Editorial Estudio, 3° ed., 2016, p. 34.

21. *Ibidem*, p. 43.

La función de redistribución

Por medio de las Finanzas Públicas también se busca lograr la redistribución de la renta y de la riqueza entre los individuos que integran el grupo social, de acuerdo con el punto de vista político expresado (implícita o explícitamente) por los órganos de decisión colectiva (el Poder Legislativo).

Esta función admite ser debatida en términos de justicia, en tanto el objetivo social (la distribución de la renta) también resulta susceptible de ser valorado como justo o injusto para buscar una cierta conformidad social al respecto.

Además, también entran en juego valoraciones políticas, de oportunidad o conveniencia. En efecto, más allá de la justicia o injusticia de unas determinadas desigualdades en la distribución de la renta, el mismo orden social y político puede que no sea viable bajo ciertas condiciones (v. gr. pobreza extrema generalizada y permanente de grandes sectores de la ciudadanía).

En tercer término, la redistribución admite un análisis económico, tanto en lo que hace a los incentivos para mantener o incrementar la producción (considerando individualmente los factores productivos) o bien para aumentar toda la producción nacional (la dimensión de la economía nacional en su conjunto). Este último aspecto también debe valorarse distributivamente puesto que involucra la pregunta acerca de si es socialmente conveniente mantener niveles más bajos de producción nacional mientras ello asegure una distribución del producto social más aceptable políticamente.²²

La función de asignación

La función de asignación de bienes públicos es el proceso por el cual el uso total de los recursos se divide entre los bienes privados y públicos, y por el que se elige una combinación de bienes públicos, fijándose pautas para su provisión dentro del conjunto social.

En este caso, la automaticidad del mercado tampoco garantiza una asignación eficiente y socialmente justa de tales recursos en determinadas circunstancias.

22. *Ibíd.*, p. 41.

Otros problemas se dan en los supuestos de mercados de información deficiente, o cuando son monopolísticos u oligopólicos, o bien cuando hay nula movilidad de los factores productivos.

La intervención del Estado luce necesaria para mejorar la asignación de esos recursos. Por ejemplo, puede establecer gravámenes para actividades contaminantes (externalidades negativas) a fin de procurar recursos para contrarrestar o revertir sus efectos.²³

Los monopolios legales, naturales y fiscales

El texto del artículo 48 también hace referencia al control de los monopolios.

Un monopolio se verifica cuando en un mercado hay un único oferente (oferta) o un único cliente (demanda) para determinado bien. Desde el punto de vista económico, implica una distorsión importante en su funcionamiento ya que queda desplazada completamente la competencia libre que asegura que los precios que se obtengan sean los de equilibrios entre oferta y demanda, cuando hay muchos oferentes y muchos demandantes. Usualmente se lo considera como un fallo del mercado.

En el caso de los monopolios de oferta, ellos pueden deberse a cuestiones fácticas o jurídicas, según sea el propio mercado el que marque esa tendencia (debido a la naturaleza o escasez del bien, a su ubicación geográfica recóndita, o a que requiere una inversión de medios tal que no da lugar para que haya otros oferentes, o bien porque los actores llegan a acuerdos espurios para distribuirse monopolísticamente el mercado en vez de competir, etc.). Todos ellos serán monopolios *de facto*. Pero también puede originarse un monopolio por la intervención del Estado, que permite que sólo un actor sea el productor de un determinado bien o servicio, por las razones que fuere.

Este último es el caso que interesa ahora, cuando es el Estado quien decide explícitamente que un servicio o bien sea prestado o comercializado exclusivamente por una entidad. Es un monopolio tutelado por el ordenamiento jurídico, un monopolio de derecho. Y dentro de este tipo de monopolio, interesa cuando el Estado lo reserva para sí o bien para una persona pública (estatal o no) ligada estrechamente a él.

23. *Ibidem*, p. 44.

El Estado puede tener dos razones atendibles para establecer un monopolio: mejorar la prestación de ciertos servicios públicos o la obtención de un ingreso, o bien las dos cosas a la vez. Por ello, se habla en este último caso de monopolios fiscales, cuando se trata primordialmente de reservar una fuente de obtención de ingresos para la Hacienda Pública. Los que persiguen como objetivo principal la mejora en la prestación de un servicio son los monopolios no fiscales.²⁴

De todas formas, el monopolio (fiscal o no fiscal) le da al Estado la oportunidad de obtener ingresos de carácter patrimonial si participa en la empresa que desarrolla la actividad. Por ende, por ejemplo, si las empresas que extraen petróleo, o la que brinda el servicio de extracción, transporte y distribución de gas son estatales, en caso que tengan una utilidad al final del ejercicio, esa ganancia será un ingreso patrimonial del Estado. Debe considerarse aquí que, al haber un monopolio, desde el punto de vista económico, habrá una distorsión en el mercado que hará que, por lo común, el precio sea más elevado que el que se obtendría en circunstancias de libre competencia, por lo cual, al coste de producción y a la utilidad *normal* que redistribuye la inversión de los factores productivos, habrá que agregar esa otra *utilidad monopolística*. Sin embargo, se está hablando puramente en términos económicos, sin que dicha distinción tenga, en principio, consecuencias jurídicas.

Pero también se suele asignar a los monopolios un componente tributario, cuando el Estado grava la actividad de estas empresas, fundamentalmente con impuestos sobre los consumos (que repercuten en el precio de los servicios o los bienes de los que se ocupe el monopolio) o sobre las ganancias de estos entes (que igualmente pueden ser trasladados a sus precios, como un costo más).

Esta característica es la que llevó a algunos, como el caso de Ahumada, a hablar de recursos “mixtos”, por cuanto advierten que hay un componente de precio y otro de tributo en la retribución del monopolio.²⁵

Sin perjuicio de esa opinión, hay que señalar que no deben confundirse las cosas:

24. Martín Queralt, Juan; Lozano Serrano, Carmelo; Tejerizo López, José María y Casado Ollero, Gabriel, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Madrid, Tecnos, 2015, p. 48 y ss.

25. Ahumada, Guillermo, *Tratado de Finanzas Públicas*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1969, T. I, p. 238 y ss.

a) si el ente monopolístico ha de pagar un determinado tributo al Estado por el desarrollo de su actividad, será un ingreso tributario, independiente del rendimiento comercial que pueda dar el ente;

b) si el producto o servicio vendido o prestado por el ente está gravado, y esa gabela se incorpora al precio que paga el particular que compra o solicita el servicio, se tratará siempre de un ingreso percibido vía precio por el ente público monopólico;

c) si lo que se considera es el ingreso que percibe el Estado como utilidad del ente monopólico al cabo del ejercicio, se estará hablando de un ingreso patrimonial.

En Argentina podría atribuirse carácter monopólico a los juegos de azar, que generalmente están en manos de entes estatales, sean nacionales o provinciales, al quedar prohibido el juego de azar organizado empresarialmente con apuestas dinerarias realizadas por particulares.²⁶ El caso de los juegos de azar lo trataremos más adelante, al abordar el texto del artículo 50 de la Constitución de la CABA.

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Como otra de las funciones de regulación económica, corresponde al Estado velar por las condiciones óptimas de funcionamiento de los mercados, y una de ellas es la de establecer las condiciones para que haya competencia entre los oferentes de bienes y servicios, evitando las distorsiones y los excesos.

La Nación ha dictado la Ley N° 25156, en la cual se establece la participación de la CABA en los artículos 19 y 20 (posibilidad de habilitar oficinas de recepción y realizar los estudios e investigaciones de mercado que le encomiende la autoridad de aplicación, para lo cual podrá requerir a la CABA la documentación y colaboración que juzgue necesarias).

Por su parte, la CABA ha dictado varias normas regulando esta potestad. Por una parte, la Ley N° 590 (texto aprobado por el Decreto N° 744/01) modificada por la Ley N° 595, reglamentada por el Decreto N° 890/02; y la

26. Naveira de Casanova, Gustavo J., *Finanzas Públicas y Derecho Financiero*, op. cit., pp. 226-227.

Ley N° 5134 (sobre honorarios profesionales de abogados y procuradores en la CABA), entre otras disposiciones.

La defensa de la competencia es un instrumento destinado a la protección tanto de usuarios como de consumidores y, como tal, se torna elemental su aplicación y adopción en todos los ámbitos jurisdiccionales, por lo que la CABA no podía ser ajena a estos menesteres.

Como ha señalado la CSJN, su objetivo se dirige a prohibir el abuso de la posición dominante. Tal como lo indica Gelli, a modo de ejemplo, el Alto Tribunal ha indicado que se da un supuesto de abuso de posición dominante cuando se realiza la venta al exterior de una parte sustancial de la producción de gas licuado por un precio sensiblemente menor al que se cobraba en el mercado interno, sin que ello obedeciera a costos u otras razones atendibles, dado que puede presumirse que tal conducta tuvo como propósito mantener deprimida la oferta nacional, asegurando la subsistencia de cierto nivel de precios con evidente perjuicio para los consumidores locales.²⁷

LA EFICIENCIA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El texto adoptado por la Constitución de la CABA luce en consonancia con los fines y alcances que se propuso alcanzar la redacción de la CN en su artículo 42. Si bien ambas normas no definen los alcances y contenidos de los servicios públicos, consideramos que puede resultar de utilidad formular algunas consideraciones.²⁸

Por una parte, que un ensayo de definición común, desde una concepción objetiva de la función administrativa, postularía que el servicio público es una parte de la actividad del Estado, prestada en forma directa o transferida a terceros, mediante concesión, permiso u otros medios. La actividad no se rige por el Derecho Privado. Para ello se debe declarar como pública la función, por medio de la *publicatio*. Entre los elementos que comúnmente se citan como componentes de ese concepto tradicional se hallan los siguientes tres:

27. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, T. I, p. 589.

28. Ver, en general, Naveira de Casanova, Gustavo J., *Finanzas Públicas y Derecho Financiero*, *op. cit.*, pp. 237-239.

En primer lugar, el fin del servicio, que es la satisfacción del interés general.

Luego, el elemento vinculado a la persona que lo presta, ora el Estado, ora un particular. No hay problemas con las concesiones, permisos, etc., porque el Estado es titular del servicio y lo transfiere a los particulares.

En tercer lugar, el elemento referido al régimen que lo regula. La discusión aquí estriba en si sólo es de Derecho Público o también puede ser de Derecho Privado.

Parte de la doctrina intentó hacer una caracterización objetiva de servicio público (Marienhoff, Cassagne, Diez), sobre la base de dos elementos: a) declaración legislativa de una actividad como servicio público (*publicatio*); y, b) sometimiento a un régimen jurídico particular, con notas características (regularidad, continuidad, igualdad, obligatoriedad y prerrogativas de poder público). Así, fue conceptualizado como una prestación obligatoria y concreta, de naturaleza económico-social, que satisface una necesidad básica y directa del habitante.

El servicio público impropio es una noción ligada a la extensión excepcional del régimen jurídico a determinadas actividades que prestan particulares y que constituyen un servicio virtual y objetivo. Aquí no hay *publicatio* y por ello no se utilizan las concesiones o permisos, siendo suficiente la mera autorización.

Por otra parte, hay ciertas actividades que se denominan de *interés público*. Son las que realizan los particulares (y eventualmente el Estado), en las que existe una fuerte regulación estatal, por las características de la actividad (por ejemplo, la enseñanza y la actividad bancaria). Sin embargo, en ellas faltan las notas del régimen de servicio público, en especial la obligatoriedad de suministrarlo. En cambio, la realización de servicios públicos está dentro de los fines que asume el Estado mediante la *publicatio*, con observancia de reglas que implican obligatoriedad de la prestación y prima la igualdad sobre la libertad del prestador. Entre los principios comúnmente exigidos en la prestación del servicio público, se pueden citar los siguientes:

a) Continuidad: el servicio público debe prestarse sin interrupciones, aunque no implica necesariamente continuidad física de las actividades: sólo cada vez que se necesite (v. gr. combate contra incendios;

servicios de defensa civil ante catástrofes naturales). Son elementos integrantes de la prestación del servicio los siguientes: 1) la posibilidad siempre existente de que la Administración proceda a la ejecución directa; y, 2) una clara reglamentación sobre el derecho de huelga.

b) Regularidad: el servicio público debe ser prestado según disposiciones que surgen del reglamento que lo rige en cuanto a sus características técnicas y a su calidad. Puede brindarse en forma continua pero irregular.

c) Igualdad: es una garantía para los usuarios del servicio público, ya que es el derecho que poseen a que se los trate sin discriminaciones jurídicas o técnicas. La igualdad se refiere tanto al acceso como al precio o tarifa del servicio. Sin embargo, pueden efectuarse distinciones entre categorías de clientes, que no sean discriminatorias (p. ej. clientes residenciales, comerciales, industriales, grandes consumidores, etc.).

d) Obligatoriedad: aquí se hace referencia a la prestación efectiva del servicio. Es la contracara del anterior principio. El prestador no puede negarse a brindar el servicio si el cliente cumple con los requisitos exigidos en el reglamento que lo rige.

En cuanto a la gestión, ella puede ser directa o indirecta. Es directa cuando queda a cargo del propio Estado, por medio de diferentes figuras jurídicas, todas ellas formas de administración descentralizada. Será indirecta cuando el Estado conserva la titularidad del servicio público, pero encomienda su prestación a un particular, ya sea por medio de concesión de servicios públicos o del permiso.

La competencia de la CABA para ejercer sus facultades en materia de poder de policía en relación a los servicios públicos es clara luego de la reforma de la CN.

A modo de ejemplo, podemos citar lo decidido con relación al servicio de transporte público subterráneo, el cual finalmente le fue traspasado en su totalidad (Ley local N° 4472, y Ley nacional N° 26740), ratificando que le corresponde a la CABA ejercer en forma exclusiva la competencia y fiscalización de los servicios públicos de transporte de

pasajeros, a nivel subterráneo y de premetro; de transporte automotor y de tranvía cuya prestación corresponda al territorio de la CABA.²⁹

PROMOCIÓN DE PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS, EMPRENDIMIENTOS COOPERATIVOS Y MUTUALES

En esta idea de concebir la economía como una herramienta de desarrollo para las personas, resulta oportuna la mención que el texto constitucional realiza en apoyo a las pequeñas y medianas empresas, el mutualismo y el cooperativismo. Se exhibe así que son figuras que el constituyente local ha considerado como medios idóneos para el alcance de los objetivos señalados, y que encuentra su fundamento

29. Ver causa N° 1201/01, “Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, en: “Asociación Vecinal Belgrano ‘C’ Manuel Belgrano y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo”, del TSJ del 10/09/2003. Allí, ese tribunal indicó: “Es importante destacar que en la motivación del decreto se hace expresa referencia al nuevo estatus jurídico institucional de la Ciudad de Buenos Aires. En los ‘considerandos’ se manifiesta que por su ‘naturaleza jurídica de organización autónoma (...)’ el Estado nacional considera necesario y conveniente transferir los derechos y obligaciones, así como la responsabilidad integral (...) a favor del Gobierno de la Ciudad’ y que ‘la transferencia se considerará perfeccionada una vez que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires adhiera a los términos de transferencia’, que forman parte de la adenda de renegociación que por el presente decreto se aprueba. Finalmente, la Ciudad de Buenos Aires, mediante la Ley N° 373 adhirió al decreto PEN 393/99, como era requerido por el art. 5 de ese decreto para perfeccionar la transferencia. (...) Como conclusión de la reseña efectuada es posible afirmar que: a) La Ley N° 23696 en cuanto dispuso la privatización de la empresa de subterráneos de la ex Municipalidad de Buenos Aires, fue dictada por el Congreso de la Nación en uso de sus atribuciones como Legislatura local (art. 67, inc. 27, CN, texto anterior). b) el Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación efectuó la concesión del servicio de trenes subterráneos del Estado local, en ejercicio de la competencia que le confirió el Decreto PEN N° 2074/90, para intervenir en procesos de concesiones de servicios de otras jurisdicciones. Es decir, el Estado nacional al celebrar el contrato de concesión de los subterráneos de esta Ciudad no actuó al servicio de un interés federal, sino de otro meramente local. c) El Decreto PEN N° 393/99 y la Ley local N° 373 han perfeccionado el restablecimiento de la plenitud de atribuciones de la Ciudad de Buenos Aires respecto del servicio de trenes subterráneos que se presta dentro de su jurisdicción territorial. (...). Por lo expresado en los párrafos precedentes, cabe concluir en que la Ley nacional N° 23696 y los decretos reglamentarios citados en el punto 6, no modificaron la asignación de las atribuciones efectuada por la Ley N° 19987 a la ex Municipalidad, entre las que se encuentra el poder de policía municipal en materia de salubridad (art. 2, incs. c y l, de la Ley N° 19987). En consecuencia, el convenio entre la Nación y la empresa Metrovías S.A. no reguló (ni podía hacerlo) el alcance y las modalidades de ejercicio del poder de policía de la ex Municipalidad”.

en la base solidaria que han construido esas actividades en la Nación y particularmente en la CABA.

Las pequeñas y medianas empresas (usualmente denominadas pymes) son consideradas un pilar fundamental de la economía social ya que concentran la mayor cantidad de mano de obra (empleo), y porque conforman un entramado económico en el cual el componente humano, las relaciones interpersonales, son más estrechas que en las empresas de gran envergadura.

Las pymes se encuentran reguladas por la Ley nacional N° 25300.³⁰ Por su parte, la CABA no ha ignorado estas formas de organización, incluyéndolas en los planes destinados a la promoción económica. Uno de estos casos es de la Ley N° 5235, de Promoción de las Actividades de la Producción e Industria Deportiva, que prevé una serie de beneficios para las instaladas en su jurisdicción. También es el caso de la Ley N° 2972 (modificada por la Ley N° 5234), en cuanto contempla el denominado Distrito Tecnológico de la CABA, y la Ley N° 4064 que establece el régimen de promoción para las nuevas empresas de la CABA.

Por otra parte, las cooperativas son entes con características propias, que pueden definirse como una asociación autónoma de personas que se han unido voluntariamente para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes por medio de una empresa de propiedad conjunta y democráticamente controladas.³¹ Es decir, una cooperativa es una empresa que se posee en conjunto por sus integrantes, y que se controla y dirige democráticamente.³²

Por su lado, las mutuales y su definición no pueden apartarse de lo establecido por la Ley nacional N° 20321, cuyo artículo 2 indica que son

30. Por su lado, la Resolución 50/2013 de la Secretaría de la Pequeña y Mediana Empresa y Desarrollo Regional estableció en su art. 1 que, a los efectos de lo dispuesto por el art. 1 de la Ley N° 25300, serán consideradas micro, pequeñas y medianas empresas aquellas cuyas ventas totales anuales expresadas en pesos no superen una serie de valores. Entre ellos, figuran los siguientes, ordenados según el sector de la economía al que pertenezcan: agropecuario: 54 millones; industria y minería: 183 millones; comercio: 250 millones; servicios: 63 millones; construcción: 84 millones.

31. Ver la Declaración sobre Identidad y Principios Cooperativos, adoptados en Manchester en 1995 por la Alianza Cooperativa Internacional. Disponible en: <http://www.aciamericas.coop/Principios-y-Valores-Cooperativos-4456> y http://www.inaes.gob.ar/?page_id=696

32. Disponible en: http://www.inaes.gob.ar/?page_id=696

asociaciones mutuales las constituidas libremente sin fines de lucro por personas inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales o de concurrir a su bienestar material y espiritual, mediante una contribución periódica.

Estas figuras asociativas indicadas por el constituyente local se ajustan, precisamente, a la idea de solidaridad y justicia social a la que deben seguir actualmente las Finanzas Públicas, puesto que tanto las mutuales como las cooperativas son instituciones de la llamada *economía social* o *economía solidaria*, entendida esta como una forma de producción, consumo y distribución de riqueza, utilizando como centro de valorización al ser humano y no a la priorización del capital.

Desde esa forma de entender la economía, estos tipos de entes permiten el desarrollo de modelos económicos distribuyendo el ahorro a nivel local y proporcionando un progreso integral. Estos institutos se rigen por tres características esenciales: la participación igualitaria de todos los socios; la distribución equitativa de los excedentes y los resultados –para el caso de las mutuales, los ingresos quedan en la entidad mientras que en la cooperativa se reparten dividendos a los socios–; y la integración de las unidades empresariales autónomas y difusión del modelo.

No es raro, entonces, que en su organización estén presentes estos aspectos: a) democracia: las decisiones se toman en conjunto; b) equidad: los derechos y deberes se distribuyen equitativamente entre los socios y socias; c) justicia distributiva: los propios asociados definen los criterios de distribución procurando una remuneración y distribución de ganancias lo más justas posibles; d) cuidado del medioambiente: criterios ecológicos guían los objetivos de la empresa; e) consumo necesario: se produce un bien o servicio que sirva a las necesidades humanas pero evitando el consumismo; f) rentabilidad necesaria: se comportan como empresas de base solidaria.

La inclusión de estas herramientas tiende a fomentar el apoyo y desarrollo de emprendimientos con el fin de alcanzar el pleno empleo, tendiendo a disminuir la desocupación presente en la sociedad. Recordamos así que los rasgos básicos que delimitan al Estado como agente económico pueden resumirse en los siguientes puntos: a) su conducta no busca la maximización de la utilidad o del beneficio, precisamente porque sus fines no coinciden con los del mercado privado sino que su

actividad se rige en función de los derechos de los vecinos y las obligaciones a su cargo, como así también de sus propios derechos y las obligaciones de los ciudadanos; se buscan otros objetivos: la estabilidad económica, la eficiencia en la asignación de recursos, la distribución apropiada de la renta, la promoción del desarrollo económico, etc.; b) el instrumento para alcanzar sus respectivos objetivos es diverso, pues no sólo se nutre de los recursos del mercado sino que cuenta con otras herramientas, como la determinación de precios, el monopolio de bienes y servicios, etc.; c) la estructura que lo constituye: el sector privado engloba una enorme cantidad de unidades (de consumo y de producción, donde las familias y las empresas, respectivamente, son los actores de estas unidades) que son independientes entre sí y de diversos tamaños; en algunos casos, como se dijo, pueden ser reguladas por el Estado para evitar prácticas monopólicas, mientras que por otra parte, el sector público sólo tiene un actor: el Estado, por lo que su integración y actuación suele ser homogénea y se puede considerar conjuntamente.

Tal como se señaló, el accionar de los particulares en el mercado no siempre permite garantizar la satisfacción de las necesidades públicas de los individuos, como así tampoco coincidir con los fines estatales y sus políticas, por lo que el contralor y la participación del Estado se tornan imprescindibles. De esta forma se intenta evitar la concentración económica (frecuente en nuestro país, y a la luz de lo acontecido en los años posteriores a la crisis de 2001, inclusive, en crecimiento) que dificulta la subsistencia de las pymes. Por ello, incorporar un capítulo en la Constitución sobre este punto parece exteriorizar la preocupación del legislador por brindarles a todos los emprendimientos económicos y sociales la asistencia necesaria por parte del Estado.

Los objetivos que se mencionan pueden verse reflejados en la distinta normativa de la Ciudad, no sólo mediante leyes de promoción sino también en el texto del Código Fiscal, en cuanto regula una serie de exenciones a su respecto (*v. gr.* artículo 44, del texto vigente para 2016).

Son justamente estas facultades del Estado, su rol y estructura, las que se ven recibidas en la letra del artículo comentado al mencionar la defensa de la competencia y el control de los monopolios naturales y los servicios públicos, de lo que se colige que su texto pretende delimitar cuál debe ser, ni más ni menos, la política de Estado. Su contenido no prevé la exaltación de la libertad de los mercados sino un desarrollo

económico que garantice la situación de las pymes como actores del mercado pero al servicio de las personas. No se cuestionó utilizar a los monopolios naturales como palanca del desarrollo, además de controlarlos, pues el sentido del artículo propugna que su condición de monopolio les da un beneficio económico que debe ponderarse como una contracara al estímulo a la actividad económica general.

Sin perjuicio de que la redacción no lo establece expresamente, lo cierto es que tan predominante es el papel de la política económica para un Estado que su contenido debe guardar armónico sentido y finalidad con el resto del plexo normativo constitucional. Así, encontramos en el debate constituyente que en este artículo se pensaba incluir la protección del pleno empleo, pero que su tratamiento se incorporó en el capítulo correspondiente a la política de empleo.³³

Por otra parte, el texto incorpora el concepto de desarrollo sustentable asociado al capítulo ambiental que se agregó en el texto constitucional de la CABA. Este criterio de desarrollo sustentable asociado a la preservación del medioambiente se condice con el resguardo de los derechos incorporados en el artículo 41 CN –cuya reforma se produjo dos años antes–, en el sentido de que se protege con amplitud un medioambiente sano.

Del mandato de ese artículo 41 CN se desprende la obligación de las jurisdicciones locales de dictar las normas necesarias para complementar las emitidas por el Gobierno Nacional. Si bien el texto menciona a las provincias, entendemos que a tenor de la valoración y relevancia de la garantía en cuestión, similar deber de protección compete a la CABA. A los fines de disipar cualquier duda al respecto, el texto del artículo 48 incorpora el concepto de desarrollo económico sin lesionar el medioambiente o, al menos, con la intención de garantizar y promover este tipo de actividad económica.³⁴

33. “...este capítulo debió incluir una cláusula sobre política de empleo que vamos a tratar en días siguientes, cuando consideremos el capítulo sobre trabajo. Pero quiero señalar (...) que nosotros entendemos que la política económica debe tener, como preocupación fundamental en esta situación del país, la promoción del empleo. En esa misma cláusula que hemos propuesto y que ha sido incluida dentro de las políticas referidas al trabajo, decimos que la promoción del pleno empleo no se logra a través de la supresión de las conquistas laborales...”; exposición del convencional Jozami ya citada.

34. Para el caso de la CABA, los mismos convencionales expresaron: “Hemos aprendido que en la Argentina, en los barrios humildes de esta misma ciudad, junto con las

Dentro de estas facultades se han dictado varias normas intentando fomentar el impulso al desarrollo económico dentro de la CABA. Tareas que se materializaron bajo la órbita del Ministerio de Desarrollo Económico, cuya estructura organizativa se aprobó originalmente por Decreto 660/11,³⁵ dependiente del Poder Ejecutivo del Gobierno de la CABA, estableciendo los objetivos, responsabilidades primarias y acciones de todas sus unidades de organización. Más cerca en el tiempo, se creó el Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat que tiene a su cargo funciones relacionadas con la economía social y el fortalecimiento de la Sociedad Civil, entre otras.³⁶

En el ámbito de la CABA las funciones correspondientes al registro público de comercio siguen en manos de la Nación, al no haber sido aún transferidas. Por ende, la Inspección General de Justicia, regida por la Ley nacional N° 22315 y sus normas reglamentarias, es el organismo encargado del control de las sociedades y asociaciones. Por su parte, lo propio ocurre con el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES) –Decreto nacional N° 721/2000– en lo atinente a la inscripción y/o contralor de las cooperativas y mutuales. Ello como el resultado de conservar, en esta materia, el régimen adoptado para la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires cuando esta se encontraba bajo jurisdicción nacional.

Entendemos que, en los términos del artículo 129 CN y de su Disposición Transitoria Séptima, no hay razón válida que permita conservar el ejercicio del poder de policía sobre estos entes asociativos en manos de la Nación, cuando en el resto de las jurisdicciones locales son controladas por ellas. En otros términos, entendemos que no hay razón constitucional alguna –en tanto no hay un interés federal– que justifique mantener en manos de la Nación el control sobre esta materia, como así impedir que la CABA tome en sus manos esta competencia.³⁷ Y no

carencias de vivienda, los problemas motivados por el desempleo y la marginación, tenemos que denunciar cotidianamente condiciones ambientales que son incompatibles con la dignidad con que debe vivir un ser humano. Pensamos, en consecuencia, que el desarrollo económico tiene que ser sostenible y tiene que preservar el ambiente como condición para poder sostenerse en el largo plazo y garantizar el bienestar de las poblaciones” (exposición del convencional Jozami ya citada).

35. Actualmente derogado.

36. Ver Ley N° 5460, art. 23.

37. Ver Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, op. cit., p. 594.

en términos de competencia compartida, sino en un pie de igualdad con las demás provincias. Es que se trata del legítimo ejercicio de facultades no reservadas para el Estado Nacional por la CN, luego de la reforma constitucional y el dictado de la Ley nacional N° 24588, no representando esto una superposición o colisión de facultades.³⁸

Una particularización debe realizarse en el caso de las mutuales, pues la Ley N° 20321 expresamente dice en su artículo 3 que

Las asociaciones mutuales deberán inscribirse en el Registro Nacional de Mutualidades previo cumplimiento de los recaudos que establezca el Instituto Nacional de Acción Mutua. La inscripción en el Registro acuerda a la Asociación el carácter de Sujeto de Derecho, con el alcance que el Código Civil establece para las personas jurídicas, pudiendo recurrirse por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal para el supuesto caso de que dicha inscripción fuera denegada.

De la lectura de su texto se podría entender que, con independencia de dónde se encuentre radicada, la inscripción en el INAES se torna imprescindible para dotarla de efectividad jurídica como mutual, por lo que el poder de policía de la CABA –al igual que el del resto de las provincias– parecería restringirse al contralor de otros aspectos, no así a su constitución e inscripción.

Artículo 49

El gobierno de la Ciudad diseña sus políticas de forma tal que la alta concentración de actividades económicas, financieras y de servicios co-

38. Ver la causa n° 4809/06 “Dr. Ricardo Monner Sanz c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado Expte. N° 4313/05 “Lotería Nacional Sociedad del Estado s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en: ‘Dr. Ricardo Monner Sanz c/Instituto de Juegos de Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/otros procesos incidentales’” TSJ de la CABA, del 6 de octubre de 2006. Allí, tras mencionar el texto del art. 129 de la CN, se dijo que “El constituyente, entonces, ha autorizado al Congreso Nacional a fijar ciertas restricciones al ejercicio de las atribuciones locales emergentes de la autonomía de la Ciudad, pero esta facultad se encuentra sometida a una doble limitación: sólo pueden establecerse para garantizar los intereses del Estado nacional y en tanto Buenos Aires sea la capital de la República”. Debe tenerse presente que la reforma no incrementó las atribuciones del Gobierno Nacional en el ámbito territorial de Capital Federal; por el contrario, las disminuyó al dotar de autonomía al Gobierno local.

nexos, producidos en la Ciudad, concorra a la mejor calidad de vida del conjunto de la Nación.

Los proveedores de bienes o servicios de producción nacional tienen prioridad en la atención de las necesidades de los organismos oficiales de la Ciudad y de los concesionarios u operadores de bienes de propiedad estatal, a igualdad de calidad y precio con las ofertas alternativas de bienes o servicios importados. Una ley establece los recaudos normativos que garantizan la efectiva aplicación de este principio, sin contrariar los acuerdos internacionales en los que la Nación es parte.

LA CONCENTRACIÓN DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS

El artículo 49, por su parte, se centra en aspectos más específicos del diseño económico señalado en el artículo precedente. Así, se aboca a los lineamientos y valoraciones que deben atenderse a nivel local. No obstante, si bien la redacción del primer párrafo parece contundente con respecto del libre albedrío y facultades discrecionales con las que cuenta para la implementación de sus políticas, el segundo párrafo fue, al momento de debatirlo, un poco más controvertido.

De la lectura del debate habido en las reuniones de sesiones ordinarias, surge que la incorporación del primer párrafo fue propuesta del convencional Ibarra. Sin embargo, la redacción del segundo no fue aceptada unánimemente por los convencionales.

Se puso reparos en el hecho de que se diera prioridad a los proveedores de bienes y servicios de producción nacional, pues se entendió que se corría el riesgo de que las empresas acordaran los precios (conformando un cártel) y le hicieran pagar más caros al Gobierno de la CABA los productos o servicios en cuestión sólo por el hecho de ser nacionales. A su vez, sus detractores se manifestaron en el entendimiento de que tal situación se contradeciría con la cláusula de transparencia, que se funda en que todos los actos son públicos y para la cual se aceptó la idea de que tiene que haber una base de datos para los contratos. De esta forma, consideraron que, por una parte, se intentaba generar un mecanismo de transparencia y, por el otro, podría entenderse que se fomentaban grandes concentraciones de compras donde se pactaran ocultamente los precios, establecidos por acuerdos entre las empresas, lo que derivaría en un claro perjuicio para la CABA.

Sin embargo, su redacción también podía interpretarse como un medio de desempate, es decir, una forma de resolver cuando se dieran condiciones de igualdad en las ofertas de las empresas. De esta manera se evitaría llegar al absurdo de aceptar costos más elevados sólo porque la empresa fuese nacional. La interpretación más armónica de este texto se correspondería con la idea de que se tornara un criterio rector para abordar la resolución de controversias cuando existieran similares ofertas. A igualdad de condiciones (calidad y precio) la balanza se inclinaría a favor de la empresa local. No obstante esta regla, lo cierto es que para la eficiente implementación de esta metodología debe contarse, también, con adecuadas normas que regulen la contratación pública y eviten distorsiones y resultados disvaliosos para el ente público contratante. Por ello, no se entendió que necesariamente implicara un detrimento para el principio de transparencia, sino dos principios que pueden y deben funcionar en paralelo. El beneficio de esta redacción, por otra parte, es que se tiende a poner todo el poder de compra del Estado al servicio de la creación de empleo y de la reactivación de la economía. Un fin aunado con su precedente del artículo 48.

LAS NORMAS LOCALES Y LA IDEA DEL “COMPRE NACIONAL”

La directriz incluida en el artículo 49 expuso la necesidad de establecer los lineamientos a los que debía ajustarse esa política preferencial, dado que el Estado cuenta con la posibilidad de intervenir en el ciclo económico (tal como hicieramos referencia al abordar el concepto de Estado interventor) mediante mecanismos que permitan adoptar medidas de promoción que resulten selectivas pero eficaces. La implementación de una política de preferencia de estas características pondría parte del poder de compra del Estado al servicio de la creación de empleo y de la reactivación de la economía nacional y de la CABA. Se busca, en síntesis, impulsar la fabricación de bienes para mejorar la competitividad de la economía nacional, aumentando en el mediano y largo plazo las exportaciones con alto valor agregado.

Esta política de compras del sector público tiene varios antecedentes a nivel nacional. Por una parte, el Decreto-Ley N° 5340/63 y la Ley N° 18875, las cuales instituyeron el régimen denominado de “compre

argentino". Si bien fueron suspendidos por el artículo 23 de la Ley N° 23697 –estableciéndose una preferencia en favor de la industria nacional que podía alcanzar hasta un 7%– posteriormente, el artículo 18 de la Ley N° 25551 dio por vencida esa suspensión.

Por su parte, la CABA ha puesto en práctica la norma contenida en este artículo mediante la Ley N° 590, conocida como Ley de Defensa del Trabajo Argentino (modificada luego por la Ley N° 595 y reglamentada por el Decreto N° 890/2002).

Esta ley se dictó con el objetivo de hacer efectivo ese derecho de prioridad a favor de los proveedores de bienes y servicios de producción nacional, y se estableció su aplicación a todas las contrataciones de bienes o servicios que realizaren los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, las Comunas, los órganos de control, las empresas y sociedades del Estado de la CABA, como así también las empresas concesionarias, licenciatarias o permisionarias de servicios públicos, en tanto la contratación esté relacionada con la prestación del correspondiente servicio.

En esta ley se dispone la nulidad absoluta de los contratos que se celebren en contravención con lo estatuido en ella.

Con la reforma de la Ley N° 595 se modificó el criterio de adjudicación contemplado en la norma para los casos de contrataciones regidas por esta ley.³⁹ En el debate en la Legislatura se indicó que la preeminencia no sólo debe concederse a las empresas nacionales, sino

39. Se optó por establecer que para los órganos del gobierno allí incluidos, a igualdad de calidad, rige el siguiente orden de preferencia:

- Micro y pequeñas empresas, con domicilio fiscal en la CABA y producción de bienes o servicios nacionales objeto de la contratación, con precio ofertado igual o con una diferencia de hasta un cinco por ciento respecto de la mejor oferta.
- Las demás empresas nacionales con domicilio fiscal en la CABA y producción de bienes o servicios nacionales objeto de la contratación, con precio ofertado igual a la que realice la mejor oferta.
- Las demás micro y pequeñas empresas de origen nacional que produzcan bienes o servicios nacionales objeto de la contratación, con precio ofertado igual o con una diferencia de hasta un cinco por ciento respecto de la mejor oferta.
- Las demás empresas nacionales que produzcan bienes o servicios nacionales objeto de la contratación, con precio ofertado igual a la que realice la mejor oferta.
- Las demás empresas que produzcan bienes o servicios nacionales objeto de la contratación.
- Las demás empresas.

que además no se debe perder de vista que los bienes y/o servicios ofrecidos también deben ser de origen nacional.

Además, se establece como mecanismo adicional el derecho de las empresas nacionales a igualar las ofertas que haya realizado una empresa extranjera, para resultar así adjudicataria de la contratación.

SU RELACIÓN CON LA CLÁUSULA DEL COMERCIO. POSIBLES COLISIONES CON OTRAS NORMAS CONSTITUCIONALES E INTERNACIONALES

Sin perder de vista los fines protectorios y de promoción que subyacen en la norma, lo cierto es que no aborda temáticas concretas sobre la promoción y resguardo del empleo local, sino que delinea características y condiciones genéricas. Poco regula sobre las condiciones laborales en sí, lo que mereció críticas al momento de su debate.⁴⁰ Si bien estas políticas destinadas al incentivo de las economías locales se han tornado moneda corriente a lo largo y ancho del país, lo cierto es que podrían guardar algún reparo con las garantías consagradas en la CN, en especial con relación al principio de igualdad, a las normas sobre la protección y regulación de la competencia, y a compromisos internacionales asumidos por la Nación.

Por una parte, podría pensarse en una posibilidad de interferencia con las potestades de la Nación otorgadas por el inciso 13 del artículo 75, CN-cláusula del comercio-, que importa la facultad de reglar el comercio internacional y el de las provincias y la CABA entre sí. Como ha reconocido la CSJN, si una ley opera o puede operar desviaciones en las corrientes de consumo de determinado producto, entraría en colisión con esta potestad nacional. Incluso con las normas de la Ley N° 25156 de Defensa de la Competencia.

Por otra parte, puede asimismo colegirse una posible colisión con las normas que regulan el fenómeno del *dumping*. La prevención del *dumping* ha sido contemplada en el capítulo tercero del Código Aduanero y, a nivel internacional, en los compromisos asumidos como Estado miembro del Mercosur (artículo 4, Ley N° 23981), como así también en los Acuerdos del GATT. Las discriminaciones que se prohíben

40. Ver sesión del 03/05/2001. Disponible en: <http://www.legislatura.gov.ar/vt.php>

no sólo son las provenientes de la aplicación de tributos, y de medidas paraarancelarias, sino también todas aquellas que importen obstáculos a la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, y otras restricciones no arancelarias o medidas equivalentes.

Por ende, y dicho con todo cuidado, la aplicación de normas como la Ley N° 590 y sus modificaciones, si bien pretende dar vida a los preceptos establecidos en el artículo 49 de la Constitución de la CABA, su práctica e implementación encuentra limitaciones, no sólo de tipo fácticas sino también legales a nivel nacional e internacional, que la CABA no puede obviar so riesgo de incurrir en flagrantes contradicciones con las compromisos asumidos internacionalmente y que forman parte de las políticas públicas estatales.

Artículo 50

La Ciudad regula, administra y explota los juegos de azar, destreza y apuestas mutuas, no siendo admitida la privatización o concesión salvo en lo que se refiera a agencias de distribución y expendio. Su producido es destinado a la asistencia y al desarrollo social.

ALGUNAS CUESTIONES GENERALES SOBRE LOS JUEGOS DE AZAR Y DE DESTREZA Y LAS APUESTAS

La regulación jurídica de los juegos de azar, destreza y apuestas mutuas siempre ha sido una materia controvertida, por las múltiples facetas que la materia misma involucra.

Por tal razón, estimamos conveniente realizar una serie de puntualizaciones previas sobre las facetas involucradas, para luego ingresar en los aspectos competenciales que puede presentar.

En primer lugar, y dicho con carácter general, observamos que la legislación suele hacer una distinción entre los juegos en los que interviene el azar, de aquellos otros en los cuales la destreza (física o mental) de las personas –o, inclusive, de estas con animales u otros objetos– es lo que predomina, para darle a los segundos una protección jurídica mayor. En el propio Código Civil (Ley N° 340), sus artículos 2055 a 2069 establecían una regulación en la que se observaba el debilitamiento de las

obligaciones que provenían de los juegos de apuestas o de azar, tesitura mantenida en el Código Civil y Comercial, en los artículos 1609 y ss.

Es que estamos ante una cuestión frente a la cual los gobiernos suelen tener una actitud ambivalente. Por una parte, se muestran tuitivos, ya que el tema involucra una actividad humana que toca ciertos aspectos lúdicos que son proclives a derivar en un vicio, y en la dilapidación de un patrimonio, sea este poco o mucho. El juego, en exceso, se transforma en ludopatía, en una dependencia perniciosa que hasta puede sumir al que lo padece en la miseria económica. En otras palabras, el juego no se constituye en un acto ilícito por cuestiones intrínsecas de justicia, ni lo ha sido así en todo tiempo ni en todos los lugares (ni contemplando todas sus variantes, ni con independencia de la escala social que lo practique –en términos gruesos: si quien juega es una persona acaudalada, el común considera que se trata de un *bon vivant*, mientras que si quien juega es una persona de escasos recursos, se piensa que se trata de un *vicioso*–), sino que la regulación restrictiva o directamente prohibitiva obedece a razones de utilidad, de moralidad.

Pero, por otra parte, y dada la naturaleza económica de la actividad de que se trata, esta es susceptible de ser fuente de ingresos para quien la explote, y por tal razón es posible que el Estado quiera aprovecharla. Ahora bien, una vez que echa mano de ella, generalmente destina los fondos recaudados en su virtud a actividades vinculadas con la caridad y la beneficencia, tal vez para purgar el vicio de origen, como forma de calmar un mal de conciencia.

Desde otra perspectiva, el rol del Estado frente a estas actividades puede ser el de mero regulador, dictando normas para reglamentar esta actividad de los privados, sea prohibiéndola total o parcialmente, o normando acerca de sus aspectos. Inclusive, puede pretender obtener un rédito de ellas mediante su poder de imposición al gravar los resultados que puedan lograr las personas privadas.⁴¹ Es decir, bajo este aspecto, el Estado se mantiene al margen del juego, es un tercero ajeno a él.

Mas, por otro lado, puede ser que el propio Estado participe como actor principal en este tipo de actividades, en carácter de organizador,

41. Ver Ley N° 20630, que establece un gravamen de emergencia a los premios ganados en juegos de sorteo (rifas, loterías y similares) y en juegos de pronósticos deportivos diversos de las carreras hípicas.

como ocurre con las loterías estatales, e incluso como apostador, como sucede con los casinos. Con este papel pasa a obtener ciertos fondos. Los ingresos que logra de esta forma pueden clasificarse como de carácter patrimonial, ya que claramente no se trata de tributos ni tampoco de recursos provenientes del crédito público. El Estado (por sí, por alguna de sus personificaciones, o bien incluso mediante algún tipo de tercerización) pone sus recursos patrimoniales al servicio de una explotación que, por sus características propias (los premios usualmente importan una suma menor a lo que se recauda por ellos), siempre le dará algún rédito o ganancia, una diferencia positiva.

La primera perspectiva indicada es la que se relaciona con el ejercicio del poder de policía, regulación que en nuestro sistema constitucional es típicamente local, como lo ha reconocido la CSJN en reiteradas oportunidades,⁴² en consonancia con lo que en su momento establecía el artículo 2069 del Código Civil. Así, en Fallos: 103:255, “Criminal, contra Ramón González, por violación de la ley núm. 4097, sobre juegos de azar, sobre inconstitucionalidad de la misma”, del 16/12/1905, ese Tribunal sostuvo, con relación a la Ley nacional N° 4097, que aun mirada en su faz puramente local o de aplicación a la Capital Federal o Territorios Nacionales en virtud del inciso 27 del artículo 67 CN (texto anterior a la reforma de 1994), guardaba concordancia con la norma del artículo 2069 del Código Civil en cuanto competía a las autoridades locales la reglamentación de las loterías, rifas, etc., la cual tenía el carácter de aquellas leyes tendientes a regular la moralidad pública encuadrada dentro de los propósitos de la CN. Y agregó que como las provincias están facultadas para darse sus instituciones y regirse por ellas, y para dictar su legislación –siempre que no invadan el poder delegado a la Nación–, ellas pueden emanar leyes tendientes a asegurar su bienestar y moralidad, y que la prohibición de ciertos juegos de azar (loterías y la posesión de billetes de estas) no atenta contra las acciones privadas protegidas por el artículo 19 CN, sino que importan el ejercicio del poder de policía en resguardo de la familia, el bienestar económico y los intereses de la Nación.

La segunda postura es la que lleva al Estado a aprovechar la existencia de la actividad y su presumible imposibilidad de erradicarla,

42. Ver Fallos: 7:150; 98:156; 103:255; y 242:496, entre otros.

dada la supuesta ineficacia de la prohibición, estableciendo así un monopolio fiscal sobre ella, y reclamando para sí la potestad exclusiva de organizarla y explotarla. Ha señalado al respecto Jarach que “la circunstancia de que siendo el juego de azar un vicio arraigado en amplios sectores de la población, se justifica su monopolio estatal como un instrumento para volcar los recursos fiscales que se obtengan por su explotación, en beneficio de la sociedad”, sin perjuicio de lo cual critica esta argumentación.⁴³

Así como el poder de policía, en principio, es una competencia que corresponde a las autoridades locales como regulación de una actividad comercial, o de los privados, desde la perspectiva de la posibilidad de explotar el patrimonio del Estado, pensamos que en nuestro sistema no hay óbice para que cualquier nivel de gobierno organice su patrimonio para obtener algún rédito con la explotación de ciertos tipos de juegos de azar.

ALGUNOS ASPECTOS DE LA REGULACIÓN DEL JUEGO POR PARTE DE LA NACIÓN

Sin pretender abundar ni mucho menos agotar la descripción del aspecto regulatorio del juego a nivel nacional, es preciso dar unos mínimos lineamientos, para mostrar cómo la Nación, al igual que las provincias, se vio ante los problemas dicotómicos señalados en el punto anterior. Además de los aspectos regulatorios de los contratos de juego, apuestas o azar realizados en la legislación civil, propios del ejercicio de las competencias del artículo 75, inciso 12, CN, la Nación intervino como actor en materia de juego desde el inicio mismo de la vida institucional del país. Se ha comprobado que la práctica de los juegos de azar tuvo un alto grado de difusión en la sociedad colonial y durante todo el siglo XIX.⁴⁴

En ejercicio de las competencias locales que se contemplaban en el –entonces– inciso 27 del artículo 67 CN (actualmente, artículo 75, inciso 30, que en el caso de la CABA debe conjugarse con el artículo

43. Jarach, Dino, *Finanzas Públicas*, Buenos Aires, Editorial Cangallo, 1978, p. 233.

44. Ver Mayo, Carlos (director), *Juego, sociedad y Estado en Buenos Aires (1730-1830)*, La Plata, Editorial de la Universidad Nacional de La Plata, 1998.

129 CN), en 1895 se dictó la Ley N° 3313, que reguló la Lotería de Beneficencia Nacional (LBN, en adelante), estableciendo un monopolio de juego legítimo para la Capital Federal y los Territorios Nacionales.⁴⁵ Se persiguió con ella obtener fondos para ejecutar obras de beneficencia, pero tanto en ese ámbito territorial como también en las provincias, ya que, aparte de la suma destinada a premios de los apostadores, el resto se repartía el 60% para la construcción y sostenimiento de hospitales públicos y de asilos en la Capital Federal y los Territorios Nacionales, y el 40% para financiar establecimientos similares en suelo provincial (repartido entre las provincias por partes iguales).⁴⁶ Como se aprecia, desde el inicio este tipo de actividad estatal se destinó a cubrir el costo de ciertos proyectos que no contaban con partidas específicas en la ley de presupuestos general, y su recaudación se dirigió a solventar necesidades públicas irreprochables e indiscutibles, cual si fuera una forma de sanear cierto vicio espurio de su origen, lavando así el pecado de su forma de obtención.⁴⁷

Posteriormente, la Ley N° 4018 (de 1901) dispuso que parte de la recaudación de la LBN contribuyera a financiar los gastos de la Biblioteca Nacional, y mediante la Ley N° 4030 se amplió la asignación para un subsidio al Museo Histórico Nacional y al Archivo General de la Nación. Más tarde, la Ley N° 4097 (de 1902), reguló el juego y prohibió varias de sus prácticas, siempre en el ámbito territorial señalado, castigando tanto a organizadores como a empleados y clientes de salas de juego, de carreras de caballos, de billares, juegos de pelota y loterías –salvo la estatal, lógicamente–.

45. Con antelación, la Ley N° 2989 había autorizado a la Municipalidad de la Capital a establecer una Lotería Municipal con una extracción periódica y reprimir la venta de toda otra lotería en dicha jurisdicción, con penas de arresto de hasta seis meses para los infractores.

46. Ver Cecchi, Ana Victoria, “Formas de legalidad: juegos de azar, discusiones parlamentarias y discursos policiales, Buenos Aires, 1895-195”, en *Intersticios, Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*. Disponible en: <http://www.intersticios.es>, p. 127 y ss.

47. Esta ambivalencia entre la prohibición del juego como algo que es malo para la sociedad, a la par que se realiza su monopolio y aprovechamiento del rédito, no es exclusiva del juego. Pensamos que la misma falta de coherencia se da con el tabaco y sus labores, ya que por una parte se combaten las consecuencias nocivas para la salud del vicio del tabaquismo pero, por otra parte, el Estado saca partido de una actividad económica que arranca con el cultivo de las plantas de tabaco, hasta los pesados gravámenes que recaen sobre sus labores y que son una fuente nada desdeñable de financiamiento.

Cabe acotar que los castigos contemplados por la infracción a estas leyes, al igual que ocurría con las leyes provinciales, consistieron generalmente en fuertes multas, cuya falta de pago se convertía en arresto (que podía llegar incluso a períodos de un año). A pesar de su claro cariz de represión y constitutivo de un delito, la jurisprudencia, en especial la de la CSJN, lo consideraba una mera “falta”, por ende ajena al Código Penal, y propia de las incumbencias locales.⁴⁸

Más adelante, con la Ley N° 4206 (1903), la LBN pasó a estar contemplada dentro de la órbita del presupuesto general de la Nación, y con la Ley N° 4953 (1906) se redujo el porcentaje de la recaudación destinada a los premios, para aumentar concomitantemente lo destinado a entidades benéficas y otras dependencias estatales.

Sin pretender agotar la nómina, como indicamos, también merece ser citada la Ley N° 14188 (de 1953), mediante la cual el funcionamiento de hipódromos y agencias de *sports* y apuestas mutuas en todo el territorio del país quedó supeditado a la previa autorización del Poder Ejecutivo Nacional (PEN), conforme a la legislación nacional de la materia, quedando también este facultado para “hacerse cargo de dichas actividades cuando por su volumen y proximidad a los centros de mayor población, justifiquen al juicio del mismo, su oficialización en salvaguardia de la moral, las costumbres y la economía del país”.

Al respecto, pensamos que la divisoria de competencias entre la Nación y las jurisdicciones locales en esta materia no siempre es todo lo clara que debería ser. Por ejemplo, de esta ley no surge con nitidez en qué cláusula constitucional se basaba la Nación para intervenir en cierto tipo de juego, para monopolizarlo para sí, tanto en lo relativo al

48. Ver Fallos: 141:217, “Marini, Juan José, criminal contra, por infracción a las leyes números 3313 y 4097, sobre juegos prohibidos”, del 22 de agosto de 1924. Sostuvo allí la CSJN que dichas leyes habían sido dictadas por el Congreso Nacional actuando como Legislatura local, sin que hubiera óbice a ello, y que en la reglamentación del juego que en ellas se hacía no existía quebrantamiento alguno de la unidad de legislación penal, ni se vulneraban o restringían –sino que se confirmaban– los poderes correlativos de las provincias para ejercer idénticas facultades dentro de sus límites jurisdiccionales, sin que se afectase los derechos ni prerrogativas de los arts. 104 a 107 de la Constitución Nacional. Ver también Fallos: 242:496, “Virgilio Fernández”, del 19 de diciembre de 1958, en el que sostuvo que la Ley N° 4847 de la Provincia de Buenos Aires, sobre represión de los juegos de azar, traducía un razonable ejercicio del poder de policía en materia de moralidad pública, y que lejos de infringir la CN se ajustaba a lo que ella disponía en sus arts. 14, 28 y 104.

ejercicio del poder de policía (que es típicamente y en principio una competencia local; en el caso, para regular el funcionamiento de hipódromos), como en lo atinente a su participación en el juego, organizándolo y obteniendo un rédito patrimonial de él (que parece ser una competencia financiera que todo ente estatal posee, en principio, salvo que una norma superior se lo impida o condicione; en el caso, estableciendo hipódromos nacionales).

También es importante citar la Ley N° 18226 (de 1969), que otorgó a la Lotería de Beneficencia Nacional y Casinos la explotación, manejo y administración “de la lotería nacional y de los casinos y salas de juego de azar a su cargo” (artículo 1), facultando al PEN para “convenir con los gobiernos provinciales la participación que las provincias tendrán en el producido de los casinos a cargo de la Lotería de Beneficencia Nacional y Casinos existentes o a crearse en sus respectivos territorios” (ver artículos 2, 11 y 12). También estaba facultada para establecer agencias y sucursales en todo el territorio nacional “cuando las necesidades lo requieran” (artículo 3). Como suele ser común en estos casos, tal como apuntamos más arriba, parte de la recaudación por estas actividades se destinaba “a obras de promoción y asistencia comunitaria, protección de la salud y fomento de la educación” (artículo 6). Y se prohibía en la Capital Federal y en el Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur “la introducción por cualquier medio y con fines de expendio, al igual que el anuncio, propaganda, circulación y venta, de toda otra lotería, además de la emitida por la Lotería de Beneficencia Nacional y Casinos, como asimismo la exhibición, reproducción y circulación de extractos correspondientes a las mismas. Queda también prohibida la venta en la vía pública de billetes de lotería, rifas y tómbolas, bonos de contribución y demás participaciones de juegos de azar, no autorizados especialmente” (artículo 13).

EL DEBATE EN LA GESTACIÓN DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

Como se indicó, la ambivalencia entre prohibir el juego o, al menos, reducirlo y controlarlo –ya que se sabe que puede causar adicciones y serios perjuicios en las personas–, y la existencia de una evidente fuen-

te de ingresos para el erario público también estuvo presente durante los debates constituyentes porteños.

Se vinculó la regulación del juego a los fines de desarrollo, redistribución de la renta y justicia social a los que el Estado debe propender irrenunciablemente, haciéndose mención de las evidentes desigualdades socioeconómicas existentes en esa época,⁴⁹ y en la necesidad de brindar mayores oportunidades de desarrollo humano y progreso social.⁵⁰ Pero también se hizo hincapié en las posibilidades que puede brindar esta actividad como fuente de ingresos, entre quienes no estuvieron de acuerdo con la norma por su carácter restrictivo.⁵¹

LA REGULACIÓN PROPIA DE LA CABA Y LA TRANSFERENCIA DE LA COMPETENCIA DESDE LA NACIÓN

Al considerarse la explotación de los juegos de azar una competencia local, en lo que hace al ejercicio que de ella realizaba la Nación en el territorio de la Capital Federal, la CABA puede asumirla en plenitud, puesto que le puede proporcionar un ingreso (artículos 9 y 80, inciso 20, Constitución de la CABA), pero teniendo en cuenta –como sucede con cualquiera otra competencia– la necesidad de un traspaso ordenado.

El constituyente local fue consciente de estas dificultades, y por ello, junto con la aprobación del texto de este artículo 50 bajo comentario, se sancionó la cláusula transitoria decimonovena. En ella se estableció que

La Ciudad celebrará convenios con la Nación y las provincias sobre la explotación y el producido de los juegos de azar, de destreza y de apuestas mutuas de jurisdicción nacional y provinciales que se comercializan en su territorio. En el marco de lo establecido en el artículo 50,

49. Reunión, sesión ordinaria (cont.), 23 de septiembre de 1996. De la opinión del convencional Sr. Castells. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960923/960923.htm

50. Reunión, sesión ordinaria (cont.), 23 de septiembre de 1996. De la opinión del convencional Sr. Cabiche. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960923/960923.htm

51. Reunión, sesión ordinaria (cont.), 23 de septiembre de 1996. De la opinión del convencional Sr. Garré. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960923/960923.htm

revisará las concesiones y convenios existentes a la fecha de la firma de esta Constitución.

Es decir, se trata de una norma tendiente a compatibilizar las disposiciones referentes a los juegos de azar heredadas y las que se fueran a dictar, y además tener en cuenta el aspecto interjurisdiccional que pueda presentar el juego (v. gr. la venta de billetes de loterías de otras provincias).⁵²

La Legislatura de la CABA, por su parte, dictó varias leyes sobre la materia. En primer término, la Ley N° 255, que preveía ciertas cuestiones contravencionales y de faltas, que luego fue derogada al sancionarse el Código Contravencional de la CABA. La Ley N° 538⁵³ definió su aplicación para todos los juegos de apuesta que se organicen, administren, exploten o comercialicen en el ámbito de la CABA, como competencia exclusiva de ella, y definió quiénes eran los actores y partícipes de las actividades de juegos de apuesta.

Mediante la Ley N° 916⁵⁴ se creó el Instituto de Juegos de Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como ente descentralizado a cargo de la organización, administración, reglamentación, explotación, recaudación y control de todos los juegos de apuestas y de azar, siendo la autoridad de aplicación de la Ley N° 538.

La Ley N° 4392, de alerta y difusión sobre las consecuencias de la ludopatía, da cuenta de esa ambivalencia que venimos comentando alrededor de este tema.

Por último, con relación al traspaso de competencias, las Leyes N° 1182 aprobó un convenio entre Lotería Nacional S. E. y el Instituto de Juegos y Apuestas de la CABA, con el objetivo recíproco de propender a la mayor generación de recursos destinados al cumplimiento de necesidades de bien común y desarrollo social. Por medio de este se acordó, entre otros puntos, mantener la exclusividad de Lotería Nacional S. E. en la explotación, comercialización y fiscalización de los juegos de azar, destreza y apuestas mutuas que esta viene desarrollando en el ámbito local hasta la fecha, con el compromiso de suministrar al Instituto, cuando este lo requiera, toda la información y las estadísticas

52. Ver, sin embargo, la opinión del convencional Garré al respecto. Reunión, sesión ordinaria (continuación), 23 de septiembre de 1996. Disponible en: http://www.infoleg.gov.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960923/960923.htm

53. Reglamentada por Decreto N° 1591/2002.

54. Reglamentada por Decreto N° 214/2009.

relacionadas con el desarrollo de la actividad. El convenio también estableció pautas sobre la habilitación de bingos y casinos, como así también la distribución de los ingresos obtenidos por las actividades lúdicas bajo su órbita. La Ley N° 4896 y su anexo aprobaron otro convenio entre ambas instituciones. Y el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 746/2016 también avanzó sobre la transferencia.

Como se aprecia, la transferencia de esta competencia, que tiende a que la CABA pueda ejercerla en plenitud, al igual que cualquier provincia, no está exenta de dificultades y de contramarchas.

Artículo 51

No hay tributo sin ley formal; es nula cualquier delegación explícita o implícita que de esta facultad haga la Legislatura. La ley debe precisar la medida de la obligación tributaria.

El sistema tributario y las cargas públicas se basan en los principios de legalidad, irretroactividad, igualdad, no confiscatoriedad, equidad, generalidad, solidaridad, capacidad contributiva y certeza.

Ningún tributo con afectación específica puede perdurar más tiempo que el necesario para el cumplimiento de su objeto, ni lo recaudado por su concepto puede ser aplicado, ni siquiera de modo precario, a un destino diferente a aquel para el que fue creado.

La responsabilidad sobre la recaudación de tributos, su supervisión o control de cualquier naturaleza, es indelegable.

Los regímenes de promoción que otorguen beneficios impositivos o de otra índole, tienen carácter general y objetivo.

El monto nominal de los tributos no puede disminuirse en beneficio de los morosos o deudores, una vez que han vencido los plazos generales de cumplimiento de las obligaciones, sin la aprobación de la Legislatura otorgada por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros.

EL TRIBUTO. DERECHO CONSTITUCIONAL TRIBUTARIO. LAS GARANTÍAS DE LA TRIBUTACIÓN Y LOS DERECHOS INDIVIDUALES

Los fundamentos y las directrices que regulan la actividad financiera del Estado han sido abordados en los artículos anteriores de este capítulo. Corresponde ahora, al tratar del artículo 51 de la Constitución de la CABA, estudiar los lineamientos del sistema tributario que

regula, como consecuencia lógica del poder de *imperium* del Estado para la implementación de los tributos como sus recursos económicos.

Nos parece imprescindible, con carácter previo señalar, dos conceptos.

En primer lugar, el de tributo. Puede definírselo como un ingreso público, regulado por el Derecho Público, obtenido por un ente público, titular de un derecho de crédito frente al contribuyente obligado, como consecuencia de la aplicación de la ley a un hecho acaecido en la realidad, indicativo de capacidad económica, que no constituye la sanción de un ilícito, que está fundamentalmente destinado a proporcionar recursos económicos para la atención de los gastos públicos, y que puede o no estar vinculado con una específica contraprestación hacia un particular determinado.

Y, en segundo término, el concepto de Derecho Constitucional Tributario, ya que en esta rama del ordenamiento es que se inserta el artículo ahora tratado. Es la porción del ordenamiento jurídico conformada por normas de Derecho Constitucional –en este caso de la CABA–, las cuales se ocupan tanto de regular el poder tributario del Estado –*lato sensu*–, sea en sentido orgánico (división de Poderes) o bien en sentido territorial (la estructuración del Estado), como así también de fijar los límites de ese poder estatal, para cuyo deslinde es preciso determinar el contenido de los derechos y garantías de los ciudadanos y habitantes en tanto que contribuyentes.

Sobre este último aspecto nos centraremos a continuación. Cabe advertir que los principios aquí receptados son el claro resultado de las valoraciones que han ponderado los convencionales, y que obedecen a los objetivos estatales y a los principios generales del Derecho Tributario, y a los que adscribe la Constitución de la CABA.⁵⁵

55. Así, en el momento de debatir este art. 51, expresamente se consideró: “Entendemos que los principios rectores de la tributación exigen límites claramente establecidos en las constituciones con el objeto de garantizar los derechos individuales frente a los desbordes legislativos y administrativos. Sólo la comunidad puede imponerse a sí misma las normas que determinan los tributos, es decir, la medida con que cada uno de sus miembros ha de sostener los gastos de la colectividad. Este sistema es recogido por todos los Estados de derecho modernos con el objeto de recalcar la preeminencia de los principios constitucionales sobre todo otro tipo de consideraciones, por muy importantes que ellas sean, tales como las económicas que suelen argüirse por la relevancia de lo que se considera necesario, originando de esta manera la degradación de lo justo. El axioma

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA TRIBUTACIÓN. ASPECTOS GENERALES

Los principios de los que aquí se trata poseen carácter jurídico, por lo que estamos frente a normas jurídicas. Mientras que los principios económicos se rigen por la lógica del ser, los ahora estudiados se regulan por la lógica deóntica, del deber ser (prohibido, permitido, obligado).

Por *principios jurídicos* puede entenderse aquellos valores normativos de carácter organizador aceptados, recogidos o estipulados por la norma constitucional y que han de inspirar al ordenamiento jurídico, siendo ideas que a veces pueden no estar exteriorizadas como las normas, salvedad hecha de su expresión positiva en los textos constitucionales.

Hay que tener presente que las normas pueden ser operativas o programáticas, según sean directamente aplicables o requieran de un preceptivo desarrollo por parte de normas de rango inferior. En el caso de las normas constitucionales, su mención en la Constitución las erige en normas dirigidas al legislador ordinario para que las desarrolle y las torne exigibles por sus destinatarios. Evidentemente, los principios jurídicos constitucionales son un mandato superior que no puede quedar librado al humor de los Poderes constituidos para ponerlos en práctica o no, ya que todo principio jurídico constitucional es, de por sí, operativo. La CSJN así lo ha reconocido expresamente, entre otros, en el pronunciamiento de Fallos: 315:1492, “Miguel Ángel Ekmekdjian

fundamental o punto de partida de esta doctrina es el principio de legalidad, también denominado de reserva de ley, significando que la causa de la obligación tributaria es la ley formal y material, la sancionada por el Congreso o las legislaturas locales, a las que están inexcusablemente subordinadas en razón de que deviene de la Constitución. La doctrina es unánime al sostener que para desplegar toda su eficacia debe haber sido recogido por el propio texto constitucional. En conclusión, en materia de derecho tributario sustantivo, es decir, aquellas normas que contienen los supuestos y los elementos de la relación jurídica tributaria, sólo la ley puede establecerlas y no se admite que el Poder Ejecutivo tenga la posibilidad de completarlas ni otorgarse poderes discrecionales a la administración para aplicar o no los impuestos, o aplicarlos en determinada forma en algunos casos y en forma distinta en otros. Estos razonamientos justifican suficientemente la incorporación al texto constitucional de los principios que vertebran el derecho tributario, garantizándose la plenitud de los derechos individuales sin menoscabo de naturaleza alguna y con absoluta transparencia”. Exposición de la convencional Carro en la reunión de sesión ordinaria del 30 de agosto de 1996. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960830/960830.htm #PrincipiosConstitucionalesImposición

v. Gerardo Sofovich y otros”, del 7/7/1992, al establecer que entre las medidas necesarias que se pueden adoptar para el cumplimiento de un derecho constitucionalmente reconocido se hallan las sentencias judiciales, ya que el tribunal puede determinar las características con las que ese derecho, concedido por la norma, se ejercitará en el caso concreto. Implícitamente, la CSJN ha reconocido la operatividad directa de todo Derecho Constitucional.

Las funciones de los principios jurídicos constitucionales son: a) establecer un límite claro para el legislador ordinario, que no podrá pasar so riesgo de incurrir en una violación constitucional; b) servir de directiva y de guía para el desarrollo de la legislación ordinaria, que ha de inspirarse en ellos y profundizarlos; c) aportar una clara pauta para la interpretación de las normas jurídicas.

El principio de reserva de ley en materia tributaria

La expresión *principio de legalidad*, tradicional en la doctrina nacional, engloba diversos aspectos referidos a la relación entre la ley (entendida tanto en sentido formal como material) y el instituto del tributo, bajo el latinajo *nullum tributum sine lege*. Sin embargo, conviene depurar los términos y emplear la expresión reserva de ley para aludir a la regla constitucional que obliga a que los tributos deban ser establecidos por ley y no por otro tipo de norma estatal, a la par que utilizar el concepto de *principio de legalidad* para aludir al ajuste de la conducta de la Administración a lo que la ley le ordena realizar.

El principio de reserva de ley, que al decir de Massimo S. Giannini se trata de una norma sobre la normación, posee ciertas características. La principal es que se predica de él en las constituciones que son rígidas, es decir, de aquellas cuya modificación se ha de realizar por medio de un procedimiento específico y por órganos especiales, que hacen que el Poder constituyente derivado no lo ejerzan los Poderes constituidos. En efecto, si se tratase de una Constitución flexible, es decir modificable por normas emanadas de los Poderes constituidos (v. gr. si pudiera reformarse por una ley del Congreso, Asamblea o Legislatura respectiva), la cláusula constitucional que señalase que determinada materia (v. gr. la penal o la tributaria) debe ser regulada sólo por ley, podría verse dejada de lado por otra ley posterior que, mo-

dificando la Constitución, dispusiera lo contrario. Tampoco tendría sentido que la reserva de ley fuera establecida por una ley ordinaria.

Por ello, funciona como ordenador en la producción de normas sobre determinadas materias, en las cuales debe actuar exclusivamente el Poder Legislativo, y abstenerse de hacerlo todo otro órgano, en especial el PEN (inclusive por vía de decretos de necesidad y urgencia; artículo 103 de la Constitución de la CABA, en materia procesal, penal, tributaria, electoral y de partidos políticos). Es decir, que opera en el ámbito de la separación de Poderes que caracteriza a las constituciones de los países occidentales, tal como lo dispuso el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26/8/1789, siendo una norma que tuvo amplio seguimiento en los modelos constitucionales del entorno.

El principio de reserva de ley vincula al Poder Ejecutivo pero, a la vez, también es de inexcusable observancia por el legislador, quien no puede dictar normas que lo contradigan.

En materia tributaria, la Constitución de la CABA lo establece en varios artículos, sea de manera positiva (atribuyendo la competencia al legislador) o bien negativa (prohibiéndosela al PEN). Así sucede con los artículos 21 (prohibición de ceder recursos de salud pública); 51; 80, inciso 2 (legislación en materia fiscal); 81 (sanción del Código Tributario); 84 (se prohíbe la delegación legislativa); 103 (excluye los decretos de necesidad y urgencia en materia tributaria).

Por su parte, el principio de legalidad incorpora la regla que, basada en el sistema de separación de Poderes, implica que todo acto administrativo (todo comportamiento de la Administración) debe fundarse en una norma general autorizante, de rango legal, ya que la Administración sólo puede hacer aquello que las normas –constitucionales y legales– expresan o genéricamente le facultan a realizar.

La existencia de estos principios, pero fundamentalmente su respeto, requiere de la posibilidad de que otro Poder, distinto del Legislativo y del Ejecutivo, juzgue y evalúe el accionar de ellos en cuanto al respeto de aquel. En la Constitución de la CABA dicha tarea está encomendada al Poder Judicial (artículos 106 y 107 de la Constitución, en cuanto le atribuye el conocimiento de todas las causas que versen sobre ella).

Breve referencia a sus aspectos históricos

El principio de reserva de ley es una conquista jurídica producto de siglos de lucha por este derecho y en procura de la limitación al poder de los monarcas absolutos y déspotas, llevada a cabo en el ámbito jurídico en general, lo que incluye al Derecho Financiero y, por ende, al Tributario.

Sainz de Bujanda remonta sus orígenes a la baja Edad Media, y cita como uno de los tantos ejemplos que se fueron dando en territorio europeo la Carta Magna inglesa de 1215, que los barones del reino consiguieron hacer firmar al rey Juan “Sin Tierra”, en la cual se otorgaron franquicias “a todos los hombres libres del reino”. En ella se definieron derechos y libertades. También se plasmó el lema de que no hay imposición sin representación, principio asimismo trasladado a la *Petition of Rights* de 1628 y al *Bill of Rights* de 1689, el primero de los cuales confirmó la Carta Magna, mientras que el segundo extendió el principio de autorización por el Parlamento a todos los recursos, y a los gastos.

La idea, según el profesor González García, era que lo que a todos afecta, por todos debe ser aprobado, es decir que las prestaciones que los monarcas en un inicio solicitaban a los principales del reino, que crecieron con las continuas guerras, necesitaron de una ampliación de la base de los contribuyentes, lo cual obligó a dar entrada a sus representantes en las Cortes o Estados Generales.⁵⁶

Posteriormente, se agregó la idea del consentimiento para establecer los tributos, con el paso de la evolución socioeconómica del feudalismo al capitalismo y con la aparición de la burguesía como clase social nueva dado su creciente poder económico. Con la Revolución Americana (1776) y con la Revolución Francesa (1789) apareció consagrado este principio de la representación. En esta última, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano ya citada, se establecieron pautas bien claras que permiten constatar la plasmación de esta idea: la ley es la expresión de la voluntad general (artículo 6); para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de la Administración, resulta indispensable una contribución común, que debe ser igualmente repartida entre todos los ciudadanos en razón de

56. González García, Eusebio y Lejeune, Ernesto, *Derecho Tributario*, Salamanca, Plaza Universitaria Ediciones, 1997, T. I, p. 147 y ss.

sus facultades (artículo 13); los ciudadanos tienen el derecho y el deber de comprobar, por sí mismos o por sus representantes, la necesidad de la contribución común, de consentirla libremente, y de vigilar su empleo, de determinar su monto, su asiento, su recaudación y duración (artículo 14); y, por último, se garantiza el derecho de propiedad privada (artículo 17).

Se ve así que con el constitucionalismo moderno se produjo una profunda transformación, ya que los tributos antes consentidos por parte de quienes debían pagarlos pasaron a ser establecidos por los órganos depositarios de la voluntad general, integrados por los representantes del pueblo, respondiendo a la idea rectora de la autoimposición.

En nuestro país se verificó una evolución semejante. En el Acta Capital del Cabildo del 25 de mayo de 1810 se incluyeron dos cláusulas con relevancia financiera. La VIII estableció que la Junta debía publicar todos los días primero de mes un estado en que se diera razón de la administración de la Real Hacienda. En la IX se ordenó que no podían imponerse contribuciones ni gravámenes al pueblo, o sus vecinos, sin previa consulta y conformidad del Cabildo.

En la Constitución de 1819, su artículo VII asignaba a la Cámara de Representantes la facultad exclusiva de iniciativa en materia de contribuciones, tasas e impuestos, quedando el Senado con la facultad de admitirlas, rehusarlas u objetarles reparos. El artículo XXXIII consagraba como facultad del Congreso establecer derechos, y por un tiempo que no pasara de los dos años, imponer contribuciones proporcionalmente iguales en todo el territorio para las urgencias del Estado.

Por su parte, la Constitución de 1826 previó algo similar pues, en el artículo 18, fijaba la iniciativa exclusiva en materia de impuestos para la Cámara de Representantes, quedando para el Senado la facultad de admitirlas, rehusarlas u objetarlas. El artículo 46 establecía como facultad del Congreso establecer derechos de importación y exportación, y de imponer contribuciones proporcionalmente iguales en el territorio, que no pasen de dos años, para urgencias de la Nación.

Actualmente, en la Constitución Nacional son varias las cláusulas que aseguran este principio: artículos 4, 17, 19, 52, 75 –incisos 1 y 2– y 99 –inciso 3–, y en la Constitución de la CABA los artículos 9, 64, 65, 66, 75, 80, 81 y 103.

La valoración actual de la garantía de la reserva de ley. Su contenido sustantivo

Si bien este principio posee marcado carácter formal, ello no implica que carezca de todo contenido sustantivo, puesto que, por su esencia misma, la ley es producto de la voluntad popular expresada por medio de la asamblea de representantes, y se diferencia nítidamente de las decisiones administrativas, tomadas por una sola persona en el caso de los organismos ejecutivos unipersonales (v. gr. el PEN).

Jarach advirtió sobre esta característica, al señalar que aunque hoy en día este principio se considera ligado a un procedimiento para la emanación de las leyes, hace dos o tres siglos atrás, se lo apreciaba íntimamente ligado al contenido sustantivo de las leyes.⁵⁷

Como destaca Simón Acosta, la ley es especialmente apta para garantizar una regulación más moderada y que refleje mejor la voluntad general que los reglamentos y demás normas del gobierno (inclusive en los de tipo parlamentario). El proceso de debate y aprobación de la ley tiene ciertas características peculiares que la convierten en el instrumento apropiado para aprobar normas estables que reflejen el sentir mayoritario de la sociedad. Posee tres características principales.⁵⁸ La primera es la de la publicidad en su elaboración y aprobación, que permite que haya un estado especial de opinión pública mediante el debate colectivo y social paralelo en medios de comunicación, en foros especializados, etc. Así, la decisión política final podrá estar en sintonía con la voluntad general. La segunda es la proporcionalidad (más o menos corregida) de la representación parlamentaria, que permite la manifestación de todas las fuerzas que integran el arco político del país, o al menos de aquellas que, según la respectiva legislación electoral, alcanzaron a tener representación en la Asamblea. Se oye también a las minorías, mientras que, por el contrario, el decreto emana de un solo funcionario. En tercer lugar, la responsabilidad política de los parlamentarios ante los electores es mayor que la que pueden tener otros órganos políticos. Sin desconocer que esta pueda ser más o

57. Jarach, Dino, *Curso de Derecho Tributario*, Buenos Aires, Cima, 1980, p. 76 y ss.

58. Simón Acosta, Eugenio, "Reserva de ley tributaria", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Madrid, Civitas, 1995, p. 5867 y ss.

menos atenuada, es siempre superior a la de un funcionario del Poder Ejecutivo y es mayor por sus propios actos que por los actos de la Administración que debe controlar.

Tal como se desprende de lo dicho hasta el momento, en su núcleo esencial este principio constitucional puede sintetizarse diciendo que sólo al Poder Legislativo corresponde lo relativo al establecimiento, modificación o derogación de tributos. Es decir, que la determinación en concreto del deber de contribuir, la puesta en práctica de tal deber, ha de ser fijada por el legislador, sin que los otros Poderes del Estado tengan injerencia alguna en este punto concreto.

De allí se siguen varias ideas, que pueden ser esbozadas en las palabras siempre certeras de la CSJN.

En un primer aspecto, el principio de reserva de ley se relaciona estrechamente con la garantía de la división de Poderes.⁵⁹

Es también doctrina del Tribunal reconocer que la voluntad de los particulares no juega directamente en el nacimiento de las obligaciones tributarias, más allá de lo que, en definitiva, mediante el mecanismo de la representación parlamentaria, pueda hablarse, en tal sentido amplio, de autoimposición.⁶⁰

En otra línea argumentativa, la CSJN siempre ha sido conteste y de manera invariable, en que resulta ajena a la CN la posibilidad de que sea otro Poder del Estado distinto del Legislativo el que establez-

59. Ver Fallos: 1:32, "Criminal contra Ramón Ríos (alias Corro), Francisco Gómez y Saturnino Ríos, por robo y homicidio perpetrado a bordo del pailbot nacional 'Unión' en el río Paraná", del 04/12/1863, en el cual dijo: "siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos y destruiría la base de nuestra forma de gobierno".

60. En Fallos: 152:268, "Don Manuel Manrique y otros contra la Provincia de Buenos Aires, sobre devolución de dinero. (Impuesto a la herencia)", del 24/09/1928, expresó que "no existe acuerdo alguno de voluntad entre el Estado y los individuos sujetos a su jurisdicción, con respecto al ejercicio del poder tributario implicado en sus relaciones. Los impuestos no son obligaciones que emerjan de los contratos: su imposición y la fuerza compulsiva para el cobro son actos de gobierno y de potestad pública".

ca los tributos,⁶¹ y que sólo el Poder Legislativo los puede establecer y modificar.⁶²

Otro punto que debe ser puesto de relieve es que la vigencia del principio de reserva de ley en materia tributaria es irrestricto en cuanto a que no cede ante situaciones de emergencia.⁶³

En el mismo sentido, la CSJN ha avalado la opinión doctrinal en cuanto a que no pueden extenderse los elementos esenciales del hecho imponible recurriendo a la analogía. En síntesis, la analogía consiste en aplicar la norma prevista para un caso a otro que carece de solución normativa, pero que se considera similar o semejante, y por ende regido por la misma razón o regla.⁶⁴

61. En Fallos: 182:411, “La Martona’ S.A. v. Provincia de Buenos Aires sobre repetición de una suma de dinero”, del 07/12/1938, expresó que “los principios y preceptos constitucionales –de la Nación y de la Provincia– son categóricos en cuanto prohíben a otro poder que el Legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y gasas y así el art. 17 de la Carta Fundamental de la República dice que: ‘Sólo el Congreso Nacional impone las contribuciones que se expresan en el art. 4; y el art. 67 en sus incs. 1 y 2 ratifica esa norma que está expresada con igual precisión en el art. 90, inc. 1 de la Constitución de Buenos Aires’”.

62. En Fallos: 248:482, “Caja Nacional de Previsión para el Personal del Comercio y Actividades Cíviles v. S.A. Bodega La Cena”, del 25/11/1960, indicó que “de acuerdo a bien sentados principios de Derecho Público, ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones (arts. 4, 17, 44 y 67 de la Constitución Nacional), por lo que, ante el silencio o la omisión del legislador en materia impositiva, no es dable al Poder Judicial establecer, por vía de interpretación analógica, un tributo no incluido ni previsto explícitamente en la ley”.

63. En Fallos: 294:152, “Alberto Francisco Jaime Ventura y Otra v. Banco Central de la República Argentina”, del 26/02/1976, expuso que dicha regla no queda desplazada aunque el reglamento de que se trate invoque pautas políticas fijadas por las autoridades económicas ni la existencia de un estado de calamidad interna, “debido a que dicho sistema supone un Estado cuyas potestades son limitadas y se hallan sujetas a ese deslinde de competencias fijadas en la Constitución, predispuesto para garantizar una estabilidad calculable entre gobernantes y gobernados (Fallos: 248:291)”.

64. Ver, por ejemplo, Fallos: 315:820, “Oscar Bertollotti”, del 28/04/1992, en el que recordó que “se sostuvo que no cabe aceptar la analogía en la interpretación de las normas tributarias materiales, para extender el derecho más allá de lo previsto por el legislador (Fallos: 310:290), a lo que cabe agregar, ni para imponer una obligación, habida cuenta de la reiterada doctrina en el sentido de que, atendiendo a la naturaleza de las obligaciones fiscales, rige el principio de reserva o legalidad...”, y relacionó esta conclusión con la doctrina que postula “la necesidad de que el Estado prescriba claramente los gravámenes y exenciones para que los contribuyentes puedan fácilmente

Por último, cabe señalar que también se halla conteste el Tribunal en que el *nomen iuris* otorgado por la norma no debe empañar ni entorpecer la determinación de la naturaleza jurídica del instituto en cuestión, el cual, en caso de tener naturaleza tributaria, queda sometido a los principios que rigen esta rama del ordenamiento jurídico.

Los precedentes de la CSJN respecto a las limitaciones que implica este principio han sido recibidos en la letra de la Constitución de la CABA, en la que se garantizan, por mandato constitucional, los pilares del sistema tributario y las garantías para los contribuyentes.

La reserva de ley rígida y la reserva de ley atenuada

Una apresurada aproximación al principio de reserva de ley podría llevar a concluir que, como la creación, modificación y extinción de cargas públicas tributarias corresponde al Poder Legislativo, ello importa excluir a los demás poderes, en especial al Poder Ejecutivo, de la materia tributaria en su integridad.

Esta posición que puede llamarse ortodoxa o rígida, implica que la ley formal debería contener todos los elementos del tributo, íntegramente normado, y que el Poder Ejecutivo no podría regularla ni reglamentarla. Se pone así al reglamento ante un dilema férreo: si el reglamento dice lo mismo que la ley, es inútil por repetitivo; si él dice algo distinto, es inconstitucional por violar un mandato superior. Se obtienen, como conclusiones, que el reglamento o bien es inútil o bien es inconstitucional. Además, toda reglamentación que busque aclarar, precisar o interpretar lleva en sí cierta voluntad innovadora, lo cual es inadmisibile.

Sin embargo, esa concepción rígida no puede ser sostenida sin más, al menos en el caso de la CN y también en la de la CABA, por un doble orden de razones. En primer lugar, puesto que esta atribuye al Poder Ejecutivo la competencia para recaudar las rentas de la CABA –entre ellas las tributarias; artículo 104–. Además, porque también le concede la potestad reglamentaria de las leyes, de todas las leyes en principio, salvo que haya indicación en contrario (artículo 102). No

ajustar la conducta fiscal en materia tributaria (Fallos: 253:332 y otros)". Ver también Fallos: 316:2329, "Eves Argentina S.A.", del 14/10/1993 y Fallos: 329:2511, "Esso S.A.P.A. v. Dirección General Impositiva", del 11/07/2006.

obstante, delimita esos alcances al establecer en su artículo 51: “La responsabilidad sobre la recaudación de tributos, su supervisión o control de cualquier naturaleza, es indelegable”.

Por otra parte, y desde una perspectiva más general, no exenta de un cariz político, ha de advertirse que esa concepción liberal y decimonónica del principio de reserva de ley apareció como insuficiente a partir de la segunda postguerra, por las crecientes necesidades de un Estado cada vez más protagonista en la economía. Puede hablarse de un divorcio entre los rígidos textos constitucionales, y la permeable realidad jurídica que se observa: mayor margen para los reglamentos ejecutivos; convalidación jurisprudencial de los reglamentos delegados; la necesidad de actuar rápidamente o de dar cierto espacio de maniobra a la Administración (en general, y a la Tributaria en especial), debido a que posee organismos técnicos con mayor versación en las diversas materias que ha de abordar la actuación estatal (v. gr. seguridad ciudadana, medicamentos, habilitaciones técnicas, transporte, informática, y un inacabable etcétera). A ello ha de sumarse el hecho de que, por su conformación unipersonal y por su forma de trabajo, el Poder Ejecutivo puede tomar decisiones más rápidamente que un órgano deliberativo, muchas veces en el tiempo oportuno.

Por ende, la doctrina y la práctica han coincidido en que la reserva de ley debe aplicarse sobre los elementos esenciales de un tributo, dejando la posibilidad de que sobre el resto actúen los reglamentos.

Los elementos esenciales del tributo son su hecho imponible (qué es lo que se grava), la base de imposición y la alícuota (la intensidad con la que se grava), sus sujetos pasivos (quiénes han de pagar) y las exenciones (quiénes estarán liberados del pago). Así lo ha reconocido la CSJN en Fallos: 329:1554, “Nación A.F.J.P. S.A. c/Provincia de Tucumán”, del 09/05/2006. El resto de los elementos bien pueden ser objeto de razonable delegación impropia en el PEN o en la Administración Tributaria, si no es que directamente corresponde a su potestad reglamentaria o a la recaudatoria.

Por su parte, el TSJ de la CABA ha receptado este asentado criterio en su doctrina jurisprudencial.⁶⁵

65. Ver, por ejemplo, Expte. N° 5511/07 “Alvear Palace Hotel S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos s/recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado Expte. N° 5502/07 “Alvear Palace Hotel S.A. s/queja por recurso de incons-

La ley tributaria retroactiva y sus limitaciones constitucionales

El artículo 51 bajo estudio incluye literalmente la irretroactividad en materia tributaria, por lo que para entender el sentido de esta limitación corresponde mencionar que la ley se denomina retroactiva cuando retrotrae sus efectos a actos, hechos o circunstancias acaecidas con antelación a su dictado.

La CN sólo prohíbe la retroactividad de la ley penal (artículo 18), aunque la admite cuando ella es más benigna, sea porque elimina la conducta antes considerada punible, o bien cuando rebaja la sanción prevista, o establece unas condiciones menos gravosas para los infractores. Cabe aquí recordar que la CSJN siempre ha sostenido, con relación a la CN, que no hay una garantía constitucional que prohíba la retroactividad de las leyes –salvo en el supuesto señalado–, pero que ese efecto retroactivo puede hallar limitaciones en otras garantías constitucionales. En el caso de los tributos, esa limitación viene dada tanto por el principio de reserva de ley, como por el de capacidad contributiva y por el derecho de propiedad privada.

La retroactividad de una norma tributaria admite grados, según que afecte o no al hecho imponible. Por ejemplo, una ley que atribuyese otras consecuencias normativas a un hecho imponible realizado y ya completamente acaecido (v. gr. en supuestos de hechos imponibles instantáneos; o bien en el caso de hechos imponibles de ejercicio, una vez concluido este), la retroactividad sería propia, o de grado máximo. Se estarían cambiando las consecuencias normativas de la conducta realizada una vez que esta se agotó. Por el contrario, si se modifican las consecuencias de un hecho imponible pero antes de que este se agote (por ejemplo, en el caso de un impuesto de ejercicio, durante el curso del ejercicio fiscal), también se puede considerar que hay retroactividad, pero que como no es total, se la denomina impropia; técnicamente no se han modificado las consecuencias de una conducta ya sucedida, sino de una en curso o no agotada, pero claramente sí hay una afectación de las denominadas reglas del juego, porque la modificación sucede una vez iniciada la conducta, y no antes de que esta comenzara a desarrollarse.

titucionalidad denegado en 'Alvear Palace Hotel S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos', TSJ del 16/04/2008.

En su caso, la Constitución de la CABA establece expresamente la prohibición de aplicar retroactividad en materia tributaria. Lo que implica una sustancial diferencia con el texto nacional y un valladar para la legislación local en materia fiscal, estableciendo un límite más al poder tributario, delineando con más precisión los límites para el ejercicio del Poder Legislativo.

Si bien la jurisprudencia de la CSJN se avocó a la interpretación de las garantías de la CN, a los fines ilustrativos es conveniente traerla a colación, pues contiene los conceptos relevantes respecto de cómo debe interpretarse este principio.

En primer lugar, se opone a la retroactividad de la ley tributaria sustantiva una interpretación estricta del principio de reserva de ley. En Fallos: 294:152, “Alberto Francisco Jaime Ventura y otro c. Banco Central de la República Argentina”, del 26/02/1976, señaló que

... el principio de reserva de ley tributaria, de rango constitucional y propio del Estado de Derecho, únicamente admite que una norma jurídica con la naturaleza de ley formal tipifique el hecho que se considera imponible y que constituirá la posterior causa de la obligación tributaria.⁶⁶

La inteligencia dada al principio de capacidad contributiva, en cuanto se exige que al momento de sancionarse la ley que crea o aumenta un gravamen se tenga en consideración una riqueza presente, existente, que no esté agotada, también se ha empleado como valladar a la retroactividad de la ley tributaria.⁶⁷

También hay que mencionar otra corriente doctrinal adoptada en ciertas sentencias de la CSJN, en las que una pretensión tributaria retroactiva fue descartada haciendo alusión a los efectos liberatorios del pago. Esta doctrina se aplicó tanto a las modificaciones normativas, como a los cambios en la interpretación de las normas y a los casos en que la Administración Tributaria había incurrido en errores al momento de liquidar la deuda. Para estos dos últimos supuestos, que no son estrictamente casos de retroactividad normativa, se ha exigido

66. Lo mismo expresó en Fallos: 303:245 y 1522 y, más recientemente, retomó esta doctrina en Fallos: 329:59, “Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones c/Santiago del Estero, Provincia de s/acción declarativa”, del 07/02/2006.

67. Ver Fallos: 312:2467, “Marta Navarro Viola de Herrera Vegas c/Nación Argentina (Dirección General Impositiva)”, del 19/12/1989.

que haya habido buena fe del particular al momento del pago, que no se tratase de pagos provisorios ni sujetos a reajustes.⁶⁸

También debe reseñarse que el TSJ ha delineado su doctrina con relación a este principio, al sostener que “si bien el legislador puede optar por sustraer del campo impositivo ingresos que han tenido, total o parcialmente, título o causa anterior a la entrada en vigencia de una norma, ello no es lo que ocurrió en el caso, lo que no cabe tampoco presumir. Más aún, hacer una interpretación exorbitante del principio de irretroactividad implicaría la imposibilidad de gravar periódicamente de futuro una riqueza ya existente al momento de creación del tributo en cabeza del contribuyente propietario de un bien raíz (v. gr. contribución inmobiliaria o tasas territoriales), aunque los pagos se reclamen por ejercicios posteriores a los de entrada en vigencia del gravamen o del incremento de su tarifa. Es decir, en realidad de lo que se trata en el presente caso no es de un supuesto de aplicación retroactiva de la norma, es más, ni siquiera se configura un caso de lo que una buena parte de la doctrina denomina retroactividad impropia –cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Eduardo A. Sambrizzi v. Nación Argentina (Dirección General Impositiva)”, sentencia del 31 de octubre de 1989, Fallos: 312:2078–. “La pretensión de la recurrente apunta, más bien, a extender ultraactivamente una situación de dispensa sobre sus honorarios, a pesar de que el perfeccionamiento del hecho imponible acaece –se perfecciona– con la percepción, situación que en este caso concreto se produjo después de la entrada en vigencia de la Ley N° 1181”.⁶⁹ La interpretación de la CSJN sobre este principio también ha sido empleada por el TSJ en varias oportunidades.⁷⁰

68. Ver, por ejemplo, Fallos: 211:389, “Andrés Federico René Tomás de Chateaubriand v. Provincia de Santa Fe”, del 23/06/1948; Fallos: 269:261, “National Carbon Co. Inc. v. Nación Argentina”; Fallos: 310:1961, “Juan Pedro Insúa”, del 01/10/1987; y Fallos: 321:2933, “Bernasconi Sociedad Anónima Inmobiliaria Agrícola Ganadera Financiera Comercial Inmobiliaria e Industrial v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, del 12/11/1998.

69. Ver Expte. N° 5775/08 “Prato, Osvaldo c/CASSABA y otros s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel. s/recurso de inconstitucionalidad concedido” TSJ del 07/07/2008.

70. Ver “Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados c/GCBA s/recurso Apel. Jud. c/Decis. DGR (art. 114 Cód. Fisc.)”, TSJ del 08/03/2007; Expte. N° 4318/05 “Gómez, José Camilo s/queja por recurso de inconstitucionalidad

El principio de capacidad contributiva

Tal como señaló Einaudi, es uno de los principios jurídicos más difíciles de precisar. Este principio y el de reserva de ley constituyen el eje principal de la noción jurídica de tributo.

Actualmente no es considerado como el principio exclusivo y excluyente de la Justicia tributaria, pero sea que se lo tome como un presupuesto lógico conceptual del tributo o como un principio jurídico totalmente operativo, su contenido engloba una idea obvia e intuitiva: la necesaria existencia de una riqueza o potencialidad económica disponible por el particular y susceptible de ser sujeta a imposición.

Como se dijo, a diferencia de la redacción de la CN, aquí encontramos una recepción lineal y expresa del principio de capacidad contributiva, que desempeñará el rol de ser límite, causa (se debe pagar un tributo porque se posee riqueza suficiente para ello) y medida (se paga en razón de la cantidad mayor o menor de riqueza que se posee) en los tributos, según corresponda.

Sin perjuicio de ello, el estudio de este principio no puede prescindir de la interpretación realizada por la CSJN, la que lo ha reconocido invariablemente en diferentes pronunciamientos.⁷¹

denegado en ‘Gómez, José Camilo y otros c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277 CCayT)’, TSJ 09/08/2006; Expte. N° 5776/08 “Luchinsky, Rubén Osvaldo c/CASSABA y otros s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel. s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, TSJ del 01/10/2008.

71. Ver, por ejemplo, Fallos: 207:270, “Ana Masotti de Busso y otros v. Provincia de Buenos Aires”, del 07/04/1947, en el que expresó que “la contribución territorial se mide por el valor de la propiedad inmobiliaria en razón de la cual se lo establece, pero el objeto del gravamen no es el inmueble considerado en sí mismo sino la capacidad tributaria que comporta el ser alguien –persona de existencia visible o persona jurídica– propietario de él, esto es titular de la riqueza que dicho inmueble constituye. De la igualdad, que es la base del impuesto (art. 16 de la Constitución) no se puede juzgar adecuadamente si ante todo no se considera la condición de las personas que lo soportan en orden al carácter y magnitud de la riqueza tenida en vista por el gravamen. La relación del impuesto territorial con el inmueble que constituye su materia debe subordinarse, en consecuencia, a los principios que rigen su relación con el contribuyente”. En Fallos: 312:2467, “Marta Navarro Viola de Herrera Vegas v. Nación Argentina (Dirección General Impositiva)”, del 19/12/1989, expresó que “una constante jurisprudencia de este Tribunal ha definido la tutela que el Estado constitucional hace de la propiedad, al establecer que ella no se limita a una garantía formal sino que tiende a impedir que se prive de contenido real a aquel derecho. En este orden de ideas ha señalado que, para que la tacha de confiscatoriedad pueda prosperar, es necesaria la demostración de que el gravamen cuestionado excede la capacidad económica o

Si todo tributo implica, por definición, una detracción coactiva de riqueza de manos de los particulares hacia el Estado, esa misma riqueza aparece colocada como un elemento imprescindible y *sine qua non* para la existencia de un tributo, para la configuración jurídica de este instituto.

El problema estriba en determinar a partir de qué punto la riqueza que tiene una persona comienza a ser reveladora de que existe capacidad contributiva, es decir, que esa riqueza es poseída en una proporción tal que el Estado, sin incurrir en ninguna desviación constitucional, puede legítimamente gravar y detraer una parte de ella para aplicarla a satisfacer gastos del conjunto social. Es decir, la capacidad económica aparece en una persona una vez que su potencialidad económica supera cierto límite, luego de cubrir sus necesidades básicas (y las del grupo familiar a su cargo). A partir de ese momento, la riqueza que está por encima de ese límite es demostrativa de capacidad económica, y una parte de ella (de la porción que supera ese límite mínimo) puede ser detraída por el Estado a título de tributo.

Sobre este punto versarán las discusiones y, por sobre todo, las decisiones que adopte el legislador, que serán válidas dentro del espectro de lo que se considere constitucionalmente admisible en cada momento histórico, como adecuado al principio de capacidad contributiva, sin que se alcance el límite más allá del cual el tributo deviene confiscatorio.

Por otra parte, es pertinente insistir en que la capacidad contributiva alude tanto a la causa como a la medida de la obligación tributaria. Sabido es que la capacidad contributiva (como causa) es exigible de todo tributo (sea impuesto, tasa o contribución especial) ya que si no se supera ese umbral mínimo de riqueza poseída no habrá potencia

financiera del contribuyente (Fallos: 271:7, consid. 10 y su cita)” (considerando 7), y agregó que “la premisa de tal conclusión está constituida, obviamente, por la existencia de una manifestación de riqueza o capacidad contributiva como indispensable requisito de validez de todo gravamen, la cual se verifica aun en los casos en que no se exige de aquella que guarde una estricta proporción con la cuantía de la materia imponible (Fallos: 210:855, entre otros)” (considerando 8), añadiendo en el mismo considerando que “En tales condiciones no cabe sino concluir que la afectación del derecho de propiedad resulta palmaria cuando la ley toma como hecho imponible una exteriorización de riqueza agotada antes de su sanción, sin que se invoque, siquiera, la presunción de que los efectos económicos de aquella manifestación permanecen, a tal fecha, en la esfera patrimonial del obligado...”. Por los motivos indicados, declaró la inconstitucionalidad de la ley.

económica suficiente para que nazca una obligación de dicha naturaleza que afecte su patrimonio. Y, del mismo modo, la capacidad contributiva (como medida de la obligación) es un concepto que puede aplicarse con mayor certidumbre cuando se trata de impuestos –que tengan fines recaudatorios puros o lo menos contaminados posible con fines no fiscales–, pero que se desdibuja en el caso de las tasas y de las contribuciones especiales (a la par que allí comienza a tallar el principio del beneficio como forma de cuantificar la obligación tributaria sustantiva), y también en aquellos impuestos que se alejan del fin fiscal pues persiguen inducir conductas (positivas o negativas) en los contribuyentes. En estos casos se verifica un distanciamiento de la aplicación exacta del principio de capacidad contributiva como medida, ya que a personas que manifiestan la misma capacidad pueden exigírsele obligaciones diversas en función de los otros parámetros mencionados; y, simétricamente, puede ser que a quienes tengan diversas capacidades se les exijan idénticas obligaciones tributarias sustantivas. Ello será admisible, como es conocido, mientras no se violen –entre otros– los principios de igualdad y de razonabilidad.

Si bien las interpretaciones mencionadas hasta aquí versan sobre las construcciones de la CSJN, es justo recordar que el TSJ ha hecho expresa mención a este principio esencial.⁷²

72. Ver Expte. N° 3136/04 “Asociación de la Banca Especializada, Asociación Civil c/ GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, TSJ del 16/03/2005, cuando señaló que: “Al respecto, bien se ha dicho que la capacidad contributiva ‘es una apreciación de la riqueza de los contribuyentes y de su aptitud para contribuir a los recursos del Estado. Este concepto implica dos elementos constitutivos: la existencia de una riqueza o una manifestación de riqueza, en el aspecto objetivo, y una evaluación de los gobernantes en el ejercicio del poder fiscal, de la correspondiente idoneidad para contribuir al público erario’ (cfr. Jarach, Dino: ‘En torno al principio de capacidad contributiva en la economía financiera y en el derecho tributario’, La Información, T. LVI, p. 884 y ss., en particular p. 885) pero, tal como lo señala el señor Fiscal General, no exige de ningún modo que los tributos se vean afectados por el nivel de rentabilidad del contribuyente, por lo que lo argumentado por la demandante carece de sustento. Téngase en cuenta que nuestro más alto Tribunal ha dicho que para determinar la razonabilidad del tributo se debe considerar no sólo su monto, sino también las circunstancias que rodean su imposición y, entre ellas, también incluye ciertas características de los sujetos ‘como demostrativa ya sea de su interés, ya de su capacidad económica, de modo de hacer razonable su elección’ (Fallos: 314:595), cosa que sin duda ha realizado el legislador local al prever un régimen especial para las entidades de la Ley N° 21526”.

El principio de generalidad

El principio de generalidad se halla profundamente enraizado en la concepción del Estado de Derecho. Al ser todos los ciudadanos iguales ante la ley, no existen razones iniciales para exceptuar a nadie que posea capacidad contributiva del deber de concurrir a la cobertura de los gastos públicos. Veda entonces el privilegio, la distinción que no esté justificada o que sea arbitraria. La doctrina ha sostenido, con acierto, que este principio surgió como clara reacción contra los irritantes privilegios que imperaban durante el Antiguo Régimen (para el clero y para la nobleza) y que abolió con tanta firmeza la Revolución Francesa, al establecer el derecho y el deber de todos de contribuir a los gastos comunes, eliminando las exenciones que eran la forma más usual de quebrar la pauta de la concurrencia de todos para esa tarea. La generalidad implica que todos los ciudadanos y habitantes deben concurrir al sostenimiento del Estado mediante el levantamiento de las cargas públicas.

Aquí tenemos otra diferencia, mientras que en la CN no está expreso, aunque surge implícitamente del juego de sus artículos 4 y 16, en la redacción del artículo 51 de la Constitución de la CABA su presencia es expresa.

Uno de los corolarios de la generalidad es que no puede tolerarse que el legislador tributario deje de gravar situaciones, actos o hechos que presentan características similares a los efectivamente gravados, sin justificación alguna. Ello implicaría una injusticia en el reparto de la carga, por lo que el legislador debe extremar sus recaudos para gravar toda manifestación de capacidad económica o, en caso contrario, justificar su decisión adecuadamente.

En un sentido objetivo, la generalidad significa que todo hecho de sustancia económica que revele capacidad contributiva debe ser gravado. En el sentido subjetivo, que toda persona que posea capacidad contributiva debe ser alcanzada por el tributo.

Está estrechamente vinculada con el principio de capacidad contributiva. Deberán contribuir todos, pero todos aquellos que posean capacidad económica para ello. Entonces, la generalidad obliga a que no se exima a quienes tengan capacidad contributiva, o sea que no se excluya arbitrariamente a aquellos que están en condiciones de tributar. Prohíbe los privilegios, pero no las franquicias por razones eco-

nómicas, políticas o sociales legítimas, constitucionalmente hablando. También podría sostenerse con razón que es la igualdad la que implica la generalidad en la imposición de cargas tributarias.

El principio de igualdad

La igualdad es uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico actual, pilar indestructible de la idea de Estado Social y Democrático de Derecho. Como todo concepto de tales características, presenta varias acepciones posibles.

El concepto de igualdad evolucionó desde la llamada igualdad jurídica hacia la igualdad real. La primera hace referencia a la igualdad formal –decimonónica y liberal– por el mero hecho de ser una persona, mientras que la segunda implica una equiparación en cuanto a las oportunidades y posibilidades, de carácter sustancial o material, que no lleva necesariamente a la caída en el igualitarismo forzando la entrada en moldes preexistentes, sino a la conjugación con la libertad, valor que acompaña siempre a la igualdad.

La igualdad es un principio general del ordenamiento jurídico, con aplicación en todos sus sectores. Por ello, no hay una igualdad tributaria, diferente de una administrativa o de otra civil, sino una especificación del principio en el ámbito tributario, debido a las particularidades que la autonomía científica propia concede a la rama jurídica de que se trate. Así, en este aspecto, la CN la contempla en el artículo 16 como igualdad de las personas ante la ley, y la igualdad como base para el reparto de las cargas públicas. En el artículo 51 de la Constitución de la CABA al igual que con el resto de los principios mencionados, se lo incluye como base del sistema tributario y las cargas públicas. Como principio fundamental que regirá en el diseño de las políticas fiscales de la Ciudad y que obedece a la naturaleza misma de los tributos, de su objetivo y sus generalidades.

En el Derecho Tributario la igualdad se empleó en un doble sentido. Como igualdad ante la ley, es decir paridad de trato, excluyendo beneficios indebidos o discriminaciones arbitrarias, adquiriendo un sentido casi solapado con el del principio de generalidad. Pero también como base del impuesto, medida de la obligación tributaria, superponiéndose en cierto sentido con la capacidad contributiva. La rigidez con que se aplicó el principio con este doble sentido llevó al

choque con los nuevos fines extrafiscales que se hicieron presentes con la evolución de los tiempos. Es la búsqueda de la igualdad de hecho, preconizada además por los textos constitucionales como un bien instrumental en la consecución de los valores últimos o superiores.

Valdés Costa indica que, además de los sentidos de igualdad “ante” la ley (de carácter formal e identificado con lo que se denomina “universalidad de la ley” y la igualdad jurídica de todas las personas por el hecho de ser tales) hay que destacar la igualdad “en” la ley, que atiende a la razonabilidad de las categorías elaboradas por el legislador, de modo tal que a situaciones semejantes se las trate de forma parecida, y a las que no lo sean se les asigne consecuencias normativas distintas. Pero agrega que también hay que atender al sentido de igualdad “por” la ley, en cuanto a que el Estado no ha de permanecer prescindente ante las diferencias socioeconómicas de la población y que tiene que propender a conseguir la justicia social, una igualdad real en términos sociales, políticos y jurídicos que sea aceptable. Por último, destaca la igualdad “en la interpretación y aplicación” de la ley, desechando las corrientes hermenéuticas que tienden a favorecer, ante la duda, a una de las partes de la relación obligacional que importa el tributo, sea al Fisco o al contribuyente.

Desde otro punto de vista, se ha concebido la igualdad como desprendimiento de la capacidad contributiva. Es en general la postura en que se encuentra la mayoría de la doctrina argentina, basada en la opinión de la CSJN, en cuanto adopta la idea de que la igualdad requiere que no se hagan arbitrarios distingos sino diferencias razonablemente fundadas en la capacidad contributiva. Cabe recordar aquí el precedente de Fallos: 207:270, “Ana Masotti de Busso y otros v. Provincia de Buenos Aires”, del 07/04/1947, ya citado. O sea, igualdad de tributo a igual capacidad contributiva. Y cuando existan consideraciones de tipo extrafiscal (en el caso argentino, amparados por el artículo 75, incisos 18 y 19, CN) la potestad legislativa no puede hacer diferencias arbitrarias que impliquen beneficios que no sean legítimos o que oculten persecuciones discriminatorias.

En este último sentido, se ha sostenido que, en una consideración global de la Constitución, al perder el principio de capacidad económica su preponderancia de épocas pasadas y no siendo criterio exclusivo de justicia en la órbita tributaria, es el principio de igualdad el que per-

mite superar las contradicciones aparentes y reales entre capacidad contributiva y los fines extrafiscales, refundiendo en uno la dispersión de principios orientadores. Cobra importancia la igualdad a expensas de la capacidad contributiva dentro de este esquema de pensamiento, pues permite la superación de las contradicciones técnicas del principio de capacidad contributiva, ya que se aplica objetivamente a un ámbito mayor (no sólo a los impuestos directos personales), contempla en sí la extrafiscalidad en tanto no se produzcan normas arbitrarias, engloba a los demás principios de la tributación evitando sus contradicciones, y se enmarca dentro del principio general de la igualdad evitando los compartimentos jurídicos estancos.

De esta forma, aparece la aplicación desigual del Derecho como mecanismo para la obtención de la igualdad real. Este concepto deriva luego en la inteligencia de la igualdad como proscripción de la arbitrariedad. El legislador tendrá un amplio campo de acción, no controlable jurisdiccionalmente, salvo que se desborde, incurriendo en un comportamiento arbitrario, sin razón justa o constitucionalmente admisible. Es decir, será admisible cualquier línea de acción que se encuentre dentro de los cánones que dicte la idea de justicia en el momento del cual se trate.

En materia de igualdad, es preciso tener en cuenta el antiguo precedente de Fallos: 16:118, “Criminal, contra D. Guillermo Olivar, por complicidad en el delito de rebelión –sobre fianza de juzgado y sentenciado y desacato–”, del 01/05/1875, por su seguimiento jurisprudencial posterior, y en el que la CSJN compartió los conceptos del juez de sección, expresó:

... el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho á que no se establezcan excepciones ó privilegios que excluyan á unos de lo que se concede á otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos, y que cualquiera otra inteligencia ó acepción de este derecho es contraria á su propia naturaleza é interés social (sic).

También, ya en materia tributaria, debe citarse la sentencia de Fallos: 138:313, “Don Ignacio Unanue y otros contra la Municipalidad de

la Capital sobre devolución de dinero proveniente del impuesto a los studs”, del 20/08/1923.⁷³

Más adelante, en Fallos: 187:586, “Méndez, José María y otros v. Provincia de Córdoba”, del 09/09/1940, conoció sobre un impuesto inmobiliario, de escala progresiva, aplicado sobre un inmueble en condominio. La ley vigente al momento de la apertura de la sucesión establecía que en los inmuebles indivisos se aplicaba la escala sobre la porción de cada uno de los condóminos, pero luego la provincia demandada aumentó las alcuotas, desconociendo la situación. La CSJN dijo que

... el impuesto inmobiliario en la forma en que se ha liquidado en el caso de autos es contrario a la garantía constitucional invocada, de acuerdo con la doctrina expuesta, pues resulta claro que en esa forma a igualdad de capital de dos contribuyentes pagan impuestos distintos por el solo hecho del condominio, diferencia injusta, que no se funda en ninguna razón de equidad ni en ningún principio razonable de diferenciación o clasificación.

Con relación a la progresividad de la tarifa, en Fallos: 210:172, “S.A. Ganadera e Industrial Ciriaco Morea v. Provincia de Córdoba”, del 27/02/1948, destacó que la garantía de la igualdad no impide que el legislador considere en forma distinta situaciones que estime que son

73. Allí tuvo que conocer sobre la impugnación de un tributo de la MCBA que gravaba a las caballerizas que alojaban a caballos destinados a correr carreras, fundamentada en la violación al principio de igualdad. Sostuvo que, en tal sentido, “es de tenerse en cuenta, que la igualdad preconizada por el art. 16 de la Constitución, importa, en lo relativo a impuestos, establecer, que en condiciones análogas deberán imponerse gravámenes idénticos a los contribuyentes, Fallos: tomo 132, página 198 y los allí citados”, y agregó que “en ese mismo orden de ideas ha dicho la Suprema Corte de los Estados Unidos que la garantía constitucional mencionada no se propone erigir una regla férrea en materia impositiva, sino impedir que se establezcan distinciones, con el fin de hostilizar o favorecer arbitrariamente a determinadas personas o clases, como sería si se hicieran depender de diferencias de color, raza, nacionalidad, religión, opinión política u otras consideraciones que no tengan relación posible con los deberes de los ciudadanos como contribuyentes (Bell’s Gap Railward C° v. Pennsylvania 134 U.S. 232)”, por lo cual, “en consecuencia, cuando un impuesto es establecido sobre ciertas clases de bienes o de personas debe existir alguna base razonable para las clasificaciones adoptadas, lo que significa que debe haber alguna razón substancial para que las propiedades o las personas sean catalogadas en grupos distintos...”. En el caso, entendió que era razonable la distinción hecha entre aquellos caballos destinados al tráfico común de la ciudad (empleados como animales de tiro y de fuerza) y aquellos otros destinados al juego y la recreación, dada la diferente vinculación de unos y otros con el interés público.

diferentes, si el criterio de distinción no es arbitrario. No habiendo arbitrariedad pueden crearse categorías de contribuyentes sujetos a alícuotas diferentes. Agregó que el propósito de la justicia social perseguida mediante el impuesto no se halla al margen de la CN, por lo cual es válida la mayor tasa de contribución directa exigida a los propietarios de grandes extensiones de tierras calculada sobre su valor. Y expresó que el impuesto progresivo no es contrario a la garantía de la igualdad, y que tampoco lo es la distinción entre propiedades urbanas y rurales a los efectos de la contribución directa.

Cabe tener en cuenta que, en Fallos: 313:1010, “Juan Carlos Villada y otros”, del 09/10/1990, indicó la CSJN que el principio según el cual la garantía de igualdad importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se les concede a otros en iguales circunstancias no puede alcanzar a la variación de los criterios jurisprudenciales.

Esta última acepción es importante a la hora de mencionar los regímenes promocionales que la CABA habilita a establecer, conforme su propio mandato constitucional.

La prohibición de la confiscatoriedad por la vía tributaria

Se trata de otro principio implícito en la CN, pero explícito en la de la CABA. En el primer caso, surge del juego de los artículos 14 y 17, en tanto protegen el derecho de propiedad, que se ve desnaturalizado si el tributo adquiere ribetes confiscatorios, como del artículo 28, que establece la garantía innominada de la razonabilidad en la reglamentación de los derechos, y del artículo 33 en el cual radican todos aquellos derechos no enumerados en los artículos anteriores de la CN, pero que correspondan a la soberanía popular y a la forma democrática de gobierno.

Este principio se relaciona con la noción de la presión fiscal directa, es decir el peso de uno o más gravámenes, no tanto sobre la sociedad íntegramente considerada, sino sobre un contribuyente determinado.

La garantía de la propiedad privada, por sí misma, no ampara a nadie del deber de contribuir.⁷⁴ Es decir, hay una estrecha vinculación

74. La CSJN, en Fallos: 201:557, “Otonello Hnos. y Cia. y otros v. Provincia de Tucumán”, del 21/05/1945, expresó “Desde luego que la garantía de la propiedad no es óbice a la aplicación de gravamen alguno –Fallos: 180,107; 182,146– en tanto no sea confiscatorio...”. En esa línea, también dejó en claro, en Fallos: 201:545, “S.A. Bodegas y Viñedos

entre el Estado Social y Democrático de Derecho, el derecho de propiedad y la existencia de un sistema tributario. Obviamente, si no se reconociera el derecho de propiedad privada no habría de dónde distraer sumas para pagar a título de tributo. Por otra parte, es muy difícil imaginar en la actualidad un aparato estatal que pueda sostenerse sin la vigencia de un sistema tributario. Y, si no existiera el Estado, sería difícil pensar en que alguien tuviera reconocido y garantizado su derecho individual de propiedad privada. Pero, como también señaló la CSJN en Fallos: 186:170, “Banco de la Provincia de Buenos Aires v. Nación Argentina”, del 15/03/1940, que si bien la facultad de establecer impuestos es esencial e indispensable para la existencia de un gobierno, ese poder, cuando es ilimitado en cuanto a la elección de la materia imponible o con relación a su cuantía, envuelve necesariamente la posibilidad de destruir que lleva en su entraña, desde que existe un límite más allá del cual ninguna cosa o persona o institución tolerará el peso de un determinado tributo.

Por ende, la CSJN tuvo siempre en claro que hay un límite, impreciso pero verificable en cada caso, más allá del cual el tributo deviene en exacción intolerable. Así, mediante una extensa serie de sentencias, basadas principalmente en los impuestos sucesorio e inmobiliario, y en la contribución de mejoras, fue configurando su doctrina sobre la confiscatoriedad tributaria, es decir un efecto que se produce en el patrimonio de las personas al experimentar una tributación de un grado tal de intensidad que deja su renta o su patrimonio bastante maltrechos o que directamente los elimina.⁷⁵

En un principio, la CSJN se limitó a expresar si se había o no configurado un efecto confiscatorio en cada caso que se planteaba, pero sin

Graffigna Ltda. v. Provincia de San Juan”, del 18/05/1945, que la falta de equidad de los impuestos no es motivo sobre el cual incumba pronunciarse al Poder Judicial, siendo insuficiente para fundar su inconstitucionalidad. En Fallos: 210:172, “S.A. Ganadera e Industrial Ciriaco Morea v. Provincia de Córdoba”, del 27/02/1948, expresó que la cordura o acierto con que las autoridades provinciales ejercitan sus atribuciones que les son propias no pueden ser revisadas por los jueces. Y en Fallos: 210:855, “Petrus S.A. de Minas v. Nación Argentina”, del 28/04/1948, dijo que no incumbe a los tribunales establecer cuál es el sistema impositivo que mejor se aviene con la CN o el que más convenga para implementar las leyes.

75. Para un estudio más extenso de la vasta doctrina jurisprudencial de la CSJN, ver Naveira de Casanova, Gustavo J., *El principio constitucional de no confiscatoriedad tributaria*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, en especial el capítulo IV.

hacer referencia expresa a un límite preciso mediante un guarismo. Sin embargo, a partir de la década de 1940 estableció, discrecionalmente, el límite del 33% de la renta gravada (real o presunta) a fin de proceder a la invalidación del gravamen en la medida en que superase esa frontera. En el caso del impuesto sucesorio, el impuesto a pagar se comparaba con el valor de la hijuela o del legado recibidos. En cambio, en el impuesto inmobiliario, la comparación no se hacía con la renta realmente producida por el inmueble, sino que la CSJN recurrió a la consideración de la renta normal potencial de un fundo correctamente explotado. En Fallos: 220:322, “Leonor Ermelinda Chapar v. Provincia de Buenos Aires”, del 21/06/1951, sostuvo que

... las cuestiones de confiscatoriedad como la de esta causa deben juzgarse, como lo tiene reiteradamente declarado esta Corte, refiriendo la gravitación del impuesto en tela de juicio a lo que el inmueble pudo producir con una explotación de él razonablemente efectuada, es decir con el debido aprovechamiento de todas las posibilidades que puedan estar al alcance del común de las gentes dedicadas a esta especie de trabajo, exigencia que va haciéndose más rigurosa a medida que la explotación de las riquezas del país se intensifica tanto como lo permite la transformación de los medios y los sistemas de trabajo. Con lo cual no se alude sólo a la técnica de las explotaciones sino también a la condición social y económica de las personas que intervienen en ellas...

En los casos de los impuestos sobre los consumos específicos, la CSJN fue reacia a aplicar la doctrina de la confiscatoriedad. Por lo general, adujo que el tributo se trasladaba, por lo que no había un perjuicio concreto para el contribuyente. En Fallos: 205:562, “S.A. Argentina de Construcciones Acevedo y Shaw v. Municipalidad de Santa Fe”, del 11/09/1946. Otras veces, rechazó estas alegaciones fundándose en la existencia de fines extrafiscales en el tributo, como en el caso de Fallos: 289:443, “Marcelo A. Montarcé v. Dirección Nacional de Aduanas”, del 17/09/1974.

Es muy difícil que el legislador establezca un tributo que, literalmente, se quede con el 100% de la renta o del capital gravado. Pero bien puede ocurrir que, en la aplicación práctica de una norma que no sea técnicamente confiscatoria, se produzca ese efecto, sea por falta de renta suficiente para afrontar el pago, o bien por otros factores. Por ello, la cuestión de la prueba del efecto confiscatorio es clave en la con-

figuración de esta garantía. Por ejemplo, en Fallos: 200:128, “Felicitas Guerrero de Mihanovich c. Provincia de Córdoba”, del 23/10/1944, expresó que respecto de la tacha de confiscatoriedad del tributo:

... su solución requiere el análisis detenido de las circunstancias de hecho que condicionan en cada caso su aplicación, y que la invalidez del tributo no puede resultar sino de la prueba, que incumbe, según se ha dicho, al contribuyente que lo impugna, de la absorción por el Estado de una parte sustancial de la renta o del capital gravado.

En Fallos: 314:1293, “Luis López López y otro v. Provincia de Santiago del Estero”, del 15/10/1991, expresó que ha señalado de manera invariable en su jurisprudencia:

... que para que la confiscatoriedad exista, debe producirse una absorción por parte del Estado de una porción sustancial de la renta o el capital (...), y que a los efectos de su apreciación cuantitativa debe estarse al valor real del inmueble y no a su valuación fiscal y considerar la productividad posible del bien (...). Se ha requerido asimismo una prueba concluyente a cargo del actor (...). Como se ha visto, la actora sólo relacionó la gravitación del impuesto impugnado con la valuación fiscal, lo que no satisface las predichas exigencias.

Y añadió que

... por otro lado, cabe señalar que, si bien la inconstitucionalidad de los impuestos por su monto procedería cuando aniquilasen la propiedad o su renta en su sustancia, el control de constitucionalidad en el punto, aunque debe preservar el derecho de propiedad en el sentido lato que le ha adjudicado esta Corte, encuentra fundamento en la relación en que tal derecho –cuya función social se ha de tener presente– se halla con la medida de la obligación de contribuir a las necesidades comunes que pueden imponerse a sus titulares por el hecho de serlo. El límite admisible de la carga fiscal no es absoluto sino variable en el tiempo y en las circunstancias y sólo encuentra óbice en los que una tradicional jurisprudencia del Tribunal ha fijado.

El efecto confiscatorio también puede provenir de la actuación conjunta de varios gravámenes. La CSJN, en Fallos: 322:3255, “Martín Bosco Gómez Álzaga v. Provincia de Buenos Aires y otro”, del 21/12/1999. Cabe indicar que la impugnación del sistema tributario en su aplicación a un determinado contribuyente resulta admisible y enjuiciable en los térmi-

nos de la doctrina de la CSJN sobre la confiscatoriedad tributaria. Sigue quedando la duda, para el caso en que esa impugnación prosperase, de qué manera se rebajaría la carga fiscal hasta el límite en que sea constitucionalmente admisible que sea soportada por el contribuyente.

Por último, se indica que más recientemente, en Fallos: 332:1571, “Candy S.A. c/A.F.I.P. y otro”, del 03/07/2009, la CSJN declaró inconstitucional el impuesto a las ganancias que debía pagar la empresa por el ejercicio 2002, debido a la suspensión legal de la aplicación del mecanismo de ajuste por inflación en dicho tributo. Es el primer precedente en que la CSJN declaró inconstitucional ese gravamen por tal motivo en nuestro país.

El principio de equidad

La CN alude en su artículo 4 a que las contribuciones que establezca el Congreso Nacional han de ser equitativas, mientras que el artículo 51 de la Constitución de la CABA lo incorpora como un principio rector más, entre los que velan por su sistema tributario. No obstante, la relevancia del concepto de equidad se trasluce en varios artículos de la Constitución de la CABA (artículos 20, 27, 34, 55 y 129) lo que denota la coherencia de los alcances de su aplicación. Pondera no sólo la equidad en términos de *soportar las cargas* sino también en la distribución de su producido.

Jarach señaló que la CSJN ha mantenido dos nociones referidas ambas a la equidad. Una, equivalente a la oportunidad, mérito o conveniencia relativa al establecimiento del tributo y sus circunstancias. Y otra, casi superpuesta con el concepto de no confiscatoriedad, ya que si bien no bastaría con que un impuesto sea inequitativo para impugnarlo, ello podría darse si se llegara a configurar la confiscación de los bienes o de la renta.

En lo atinente al primero de estos sentidos puede ejemplificarse con la sentencia de Fallos: 249:99, “S.A. Cía. Swift de la Plata v. Municipalidad de San Miguel de Tucumán”, del 17/02/1961, en la que se reafirmó que el análisis sobre la oportunidad o conveniencia de un tributo queda fuera del marco de examen por parte del Poder Judicial, al señalar que

... decidir si la tasa de que aquí se trata ha sido o no aplicada en forma que contradice los “principios de la ciencia económica”, escapa a la competencia de los jueces, a quienes no les está permitido pronunciarse sobre la sabiduría, conveniencia o equidad de los impuestos o contribuciones creados por el Congreso o las Legislaturas provinciales.

Con relación al segundo sentido, cabe mencionar el precedente de Fallos: 153:46, “Doña Graciana Etchessahar de Lastra s. protocolización de testamento”, del 26/10/1928, en el cual expresó que

... si la Constitución Nacional en su artículo 5 ha dicho esta Corte, no ha hecho de la moderación de los impuestos o de formas determinadas de percepción de los mismos una de las condiciones de la garantía al goce y ejercicio de las instituciones provinciales y ha excluido, por lo tanto, de los casos de intervención de sus poderes políticos por la Nación (artículo 6) el de abusos posibles en esta materia, consumados por las provincias en perjuicio del desarrollo de la riqueza pública local y nacional, no es admisible que se haya querido dejar a la discreción del Poder Judicial de la Nación la facultad de declarar, sin valor en casos concretos, la legislación provincial relativa a impuestos, fuera de las hipótesis de confiscación o de otra transgresión de una garantía de la Constitución o de algún precepto de la misma, porque el Poder Judicial es el menos adecuado por su naturaleza, funciones y reglas de procedimientos para decidir sobre la necesidad y equidad de las contribuciones y para apreciar los resultados económicos de ellas, según su monto o la manera de cobrarlas.

Más cercanamente, en Fallos: 318:676, “Pablo Horvath v. Nación Argentina (Dirección General Impositiva)”, del 04/05/1995, reiteró esta doctrina al indicar que

... esta Corte tiene dicho que no le compete a ella considerar la bondad de un sistema fiscal para buscar los tributos que necesita el erario público y decidir si uno es más conveniente que otro; sólo le corresponde declarar si repugna o no a los principios y garantías contenidos en la Constitución Nacional (Fallos: 223:233). Asimismo ha definido este Tribunal que el Poder Judicial no tiene por función clasificar los sistemas económicos y rentísticos según su conveniencia y eficacia, sino simplemente la de pronunciarse sobre su conformidad con los artículos 4, 16 y 67 inc. 2 de la Constitución Nacional (Fallos: 187:495 y 223:233). Tampoco les compete a los jueces resolver cuestiones de política económica que son privativas de los otros poderes del Estado (...).

Es que salvo el valladar infranqueable que suponen las limitaciones constitucionales, las facultades del Congreso Nacional para crear impuestos o contribuciones son amplias y discrecionales, de modo que el criterio de oportunidad o acierto con que las ejerza es irrevisable por cualquier otro poder (Fallos: 314:1293, considerando 5, y sus citas).

Por su parte, el TSJ CABA ha hecho suyas las palabras de la Corte al decir:

Por otra parte, en punto a la calificación de un tributo como inequitativo, considero oportuno recordar que un apreciable número de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha determinado que la falta de equidad –entendida esta como la existencia de necesidad del tributo o ponderación de los resultados económicos que produce en los contribuyentes–, no es revisable judicialmente, a menos que ello implique producir efectos confiscatorios (cfr. “Banco Ítalo-Argentino de San Juan v. Provincia de San Juan”, Fallos: 188:105, sentencia del 14 de octubre de 1940).⁷⁶

El principio de certeza o de seguridad jurídica

Se relaciona con los principios de la imposición y encuentra su origen en las reglas de Adam Smith, exponente de la llamada Escuela de las Finanzas Públicas liberales, quien enseñaba que los mercados funcionan de manera automática (o casi). Dentro de esta lógica postuló cuatro reglas para el establecimiento correcto de los impuestos, entre las que se halla la *regla de la certeza* que postula que el contribuyente ha de saber con antelación qué tributo y en qué medida está obligado a solventar, de manera cierta y determinada. No sólo la cantidad sino también al momento y la forma de pago. De esta forma propugnaba que resultaba nocivo el desconocimiento o incertidumbre que el contribuyente puede llegar a tener sobre sus obligaciones.

Se coincide con la relevancia de este principio puesto que resulta primordial para quienes tienen el deber de colaborar con el sostenimiento del Estado, contar con el conocimiento cierto de sus obligaciones tributarias, primero, para que puedan cumplir adecuadamente

76. Ver Expte. N° 3136/04 “Asociación de la Banca Especializada, Asociación Civil c/ GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad” TSJ 16/03/2005 (del voto particular del Juez José O. Casás).

con ellas y, segundo, para evitar discrecionalidades o extralimitaciones por parte del Estado que generen un resultado disvalioso para sus ciudadanos y sus derechos.

La seguridad jurídica es el principio que se identifica, en lenguaje vulgar, con las denominadas *reglas del juego*, y también tiene incidencia en materia de limitar la retroactividad de la ley tributaria sustantiva. Como ha sostenido Moschetti, la capacidad económica gravada con un tributo debe necesariamente ser actual, pues si se admitiera la legitimidad de las leyes fiscales retroactivas, el contribuyente se hallaría sumido en un estado de perpetua incertidumbre ya que el hecho valorado hoy de una determinada manera, podría serlo mañana de otra diferente y más desfavorable.⁷⁷ Se torna necesario tutelar la confianza en cuanto a que deben prevalecer las consecuencias jurídicas tributarias producidas y sabidas al momento de realizarse los hechos. Es decir, las correspondientes a la ley vigente en ese momento. La garantía del derecho de propiedad también ha sido un argumento esgrimido con éxito frente a las leyes tributarias con efectos retroactivos. En una de sus fases, esta garantía fue admitida por medio de la doctrina de los derechos adquiridos, es decir sosteniendo que una determinada situación legal anterior se consolidó en el patrimonio del particular sin que una ley posterior pudiera hacerla variar sin antes afectar ese derecho. La CSJN lo sostuvo así en Fallos: 155:290, “Sara Doncel de Cook contra la Provincia de San Juan, sobre repetición de pago”, del 06/09/1929, en el que conoció de un impuesto especial de patentes a prestamistas exigido por decreto que luego fue convalidado por una ley. Dijo que el efecto retroactivo de la ley tiene un valladar infranqueable en una situación definitivamente concluida al amparo de la legislación precedente. Otro caso se dio en Fallos: 325:2875, “Radiodifusora Mediterránea S.R.L. v. Nación Argentina”, en el que señaló que la modificación de leyes por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, pues nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a la alterabilidad de ellos, pues tal pensamiento importaría admitir el postulado de la inmovilidad del derecho objetivo; pero también que si bajo la vigencia

77. Moschetti, Francesco, *El principio de capacidad contributiva*, Madrid, IEF, 1980, p. 304 y ss.

de una ley el particular ha cumplido con todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay un derecho adquirido, pues la situación jurídica general creada por esa ley se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto, que no puede ser suprimida sin agravio del derecho de propiedad consagrado por la CN aunque falte la declaración formal de una sentencia o de un acto administrativo, ya que estos sólo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coactiva necesaria para que él se haga efectivo.

EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

A nuestro juicio, este principio es basamento del sistema tributario, y no tanto un principio jurídico de la imposición. Es decir, la solidaridad es fundamento del deber de contribuir: se debe contribuir (el Estado tiene potestad para establecer impuestos sobre) porque se posee riqueza, y porque la vida en sociedad es imprescindible.

Este principio obedece no ya a términos de relevancia económica, sino de corte social. Así lo han entendido los convencionales en oportunidad de agregarlo al texto constitucional de la CABA:

Por su parte, el principio de solidaridad surge de la naturaleza del hombre. Según un concepto del notable filósofo español José Ortega y Gasset, el hombre no vive sino que convive; el hombre no existe sino que coexiste. De esta noción surge inevitablemente la necesidad de que el hombre sea solidario con los demás. Del viejo aforismo latino: “yo y el otro hacemos cosas juntos”, se deriva el anhelo de que demos más en pos de los que menos tienen.⁷⁸

Una vez más encontramos la presencia de criterios de justicia social, ya mencionados en oportunidad de detallar el artículo 48 anterior de este trabajo, que se utilizan como directrices del sistema tributario de la CABA, que no puede ser ajeno a estos ni en su diseño, ejecución y destino.

78. Exposición del convencional Garré en la reunión de sesión ordinaria del 30 de agosto de 1996. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960830/960830.htm#PrincipiosConstitucionalesImposición

OTRAS DISPOSICIONES QUE DELIMITAN LOS CARACTERES DEL SISTEMA TRIBUTARIO DE LA CABA

Los tributos con afectación específica

Se dice que un tributo tiene afectación específica cuando su producido (recaudación) se encuentra afectado, total o parcialmente, a la financiación de determinada actividad. En el caso del impuesto, este originalmente no está vinculado a beneficio y/o servicio alguno por parte del Estado, por lo que lo recaudado debería ingresar a rentas generales y solventar aquellos gastos que no cuenten ya con un tributo vinculado a su financiación (como necesariamente sucede con las tasas y las contribuciones especiales).

Sin embargo, y por razones de índole política, no es raro encontrarlos con excepciones a la sana regla presupuestaria de la *no afectación*, y contar con impuestos con destinación específica destinados a solventar un gasto puntual del Estado.

Esta posibilidad se halla limitada por la Constitución de la CABA, en el sentido de que una vez obtenido el resultado que se quiso conseguir, el tributo creado con afectación especial debe ser derogado, sin que pueda mantenerse, ni emplearse los fondos por él obtenidos para otras finalidades.

Es una forma de racionalizar el empleo del poder tributario de la Legislatura, para evitar el agregado histórico de gravámenes establecidos con un motivo que, luego de cumplido o cesado el programa, se mantengan de manera irreflexiva.

Los regímenes de promoción

El artículo 51 ha previsto que “Los regímenes de promoción que otorguen beneficios impositivos o de otra índole, tienen carácter general y objetivo”.

En una primera aproximación, un régimen de promoción, en tanto importa un aminoramiento o eliminación del deber de contribuir, puede ser apreciado como un evidente privilegio; y lo mismo ocurre con los regímenes de promoción de *otra índole*, que importarán –por exclusión de los tributarios– el otorgamiento de sumas de dinero a determinados sujetos (subsidios).

El constituyente no los ha prohibido, sino que los ha colocado en el carril que corresponde, ya que son herramientas de innegable utilidad social y de progreso económico. Han de ser generales y objetivos, por oposición a particulares u otorgados a una persona en especial por motivos que no respondan al interés general.⁷⁹

Muchas veces, el desarrollo exige que se adopten políticas de fomento estatal de ciertas actividades como las culturales, algunas actividades económicas que por su envergadura (grande o pequeña) requieren del incentivo estatal para obtener las finalidades perseguidas (dotar de infraestructura ferroviaria o de comunicaciones, fomento del empleo, etc.), la labor científica y de investigación, etc.

El cometido de esta norma no sólo es el de promover las actividades indicadas, sino también el de evitar los problemas que son consecuencia de estas herramientas. Se ha dicho, con cita de Sainz de Bujanda, que las exenciones tributarias con fines extrafiscales importan una serie de problemas vinculados con la Justicia, y que a veces se ha recurrido a ellos considerando que son una panacea que permite curar todo tipo de males.⁸⁰

Obviamente, toda exención o beneficio fiscal puede entrar en colisión con los principios de igualdad y generalidad en la tributación. Es por ello que corresponde indicar la doctrina de la CSJN según la cual la facultad de acordar beneficios tributarios no es ilimitada, sino que debe reposar en atendibles razones y en la competencia propia de la entidad que las concede.⁸¹

79. Reunión, sesión ordinaria (cont.), 30 de agosto de 1996. De la opinión del convencional Sr. Garré. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960830/960830.htm#PrincipiosConstitucionalesImposición

80. Reunión, sesión ordinaria (cont.), 30 de agosto de 1996. De la opinión del convencional Sr. Garré. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960830/960830.htm#PrincipiosConstitucionalesImposición

81. Fallos: 258:208, "S.A. Compañía Frigorífica Swift de La Plata v. Comisión de Fomento de Villa Gobernador Gálvez", del 22/4/1964. Dijo la CSJN que "La facultad de acordar exenciones al régimen impositivo no es omnímoda. Ella debe asentarse en razones ajenas al mero discrecionalismo de la autoridades y practicarse con la debida competencia". Y agregó que "El particular que pagó sus contribuciones fiscales, con arreglo al convenio celebrado oportunamente con las autoridades comunales, tiene derecho a obtener la liberación correspondiente. (...) El error en cuanto a la corrección del ejercicio de sus propias y exclusivas atribuciones por parte de las autoridades re-

Según el constituyente local:

Naturalmente, y teniendo en cuenta los peligros de los que advierte la más calificada doctrina y la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal fiscal respecto de estos regímenes, se ha querido establecerla, pero siempre con carácter general y en situaciones objetivas que autoricen su concesión. Esto vale como principio general, y de esta forma intentamos desterrar las malas prácticas del pasado, cuando se concedían estas exenciones con un margen amplio de discrecionalidad, pues dependían de decisiones administrativas incontrolables.⁸²

He aquí donde descansa el justo equilibrio entre el objetivo tenido en vista por el legislador constituyente, al respecto de sus labores de promoción propendiendo al bienestar general, a la distribución de la riqueza, al pleno empleo y la estabilidad; y los principios tributarios donde la generalidad juega un papel más que relevante y no puede desatenderse por meras opiniones políticas o perspectivas discrecionales. No obstante ello, tampoco puede utilizarse esta facultad del legislativo para empobrecer o actuar en desmedro de los intereses de los contribuyentes que han obrado conforme las normas dictadas por la Legislatura y han sido ejecutadas por la Administración.

En la legislación local pueden hallarse algunos ejemplos del uso de esta facultad, como por ejemplo en la Ley N° 3876 que, en su artículo 11 preceptúa: “Los beneficiarios del presente régimen gozan de todos los beneficios impositivos previstos en la legislación vigente y en la que se dictare en el futuro para la actividad industrial”. Incluye exenciones en el impuesto sobre los ingresos brutos, de sellos, en las contribuciones y derechos de delineaciones y construcciones por plazos entre 10 y 15 años. En similar sentido se dictó la Ley N° 2972, de promoción de las empresas de tecnologías de la información y las comunicaciones, y también la Ley N° 4064, de régimen de promoción para nuevas empresas. Estas normas representan ejemplos claros al respecto de la utiliza-

ceptoras de los impuestos, no perjudica al contribuyente, en tanto no haya mediado dolo o culpa grave equiparable de parte de este último”.

82. Reunión, sesión ordinaria (cont.), 30 de agosto de 1996. De la opinión del convencional Sr. Garré. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960830/960830.htm#PrincipiosConstitucionalesImposición

ción de las herramientas tributarias como instrumento para el alcance de otros fines del Estado vinculados con los temas abordados en los comentarios a los artículos 48 y 49.

Las amnistías, condonaciones y moratorias fiscales

El constituyente ha dispuesto que el monto nominal de los tributos no puede disminuirse en beneficio de los morosos o deudores, una vez que han vencido los plazos generales de cumplimiento de las obligaciones, sin la aprobación de la Legislatura otorgada por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros. Se trata de una limitación, que no es absoluta sino que requiere de ley, establecida por una mayoría reforzada, con lo cual la decisión política en tal sentido ha de ser grave.

La restricción que aquí se contiene ha intentado mantener un criterio de justicia. Se destaca la intención de efectuar una distinción entre el contribuyente cumplidor y aquel que no lo es. Resulta de particular importancia sobre este aspecto tener en cuenta la actitud de rechazo o repulsa que se produce en el contribuyente que cumple de forma puntual y correcta con sus obligaciones un sistema de moratorias impositivas sucesivas que, en última instancia, siempre beneficia al incumplidor, a aquel que no atiende puntualmente sus obligaciones impositivas.

Cabe poner de relieve que si bien esta directriz tiende a evitar inequidades, abusos de las normas por parte de los contribuyentes, y mantener en un pie de igualdad a aquellos que atiendan en tiempo y forma sus obligaciones fiscales, lo cierto es que la imposibilidad de disminuir el monto nominal del impuesto luego de vencidos los plazos generales de ninguna manera implica que no se hayan de contemplar las circunstancias de crisis económica o financiera por la que atraviesan los contribuyentes. Se entiende que lo opuesto también generaría grandes inequidades, contrarias al principio de justicia social. Es decir, en ciertas ocasiones, las amnistías fiscales, las condonaciones de intereses y multas, o las simples moratorias pueden resultar remedios heroicos de inevitable administración.

En otras palabras, que esta regla funciona como límite de la discrecionalidad de la Legislatura y de la Administración a su turno, tiende a mantener criterios de equidad y fomentar la recaudación mediante el cumplimiento certero y en tiempo por parte de los contribuyentes, pero tampoco desatiende (ni debe hacerlo) las distintas circunstancias

económicas por las que estos pueden atravesar, reservándose la posibilidad de resignar la renta que pudiera obtenerse, siempre y cuando esto obedezca a razones de bienestar general, entendemos, y justicia social, que valoradas por el legislador han de resultar en un régimen diferencial que admita condonaciones.

La tarea de recaudar los tributos no puede ser delegada

Para finalizar con el estudio de este artículo, corresponde tratar la norma que establece que la responsabilidad sobre la recaudación de tributos, su supervisión o control de cualquier naturaleza es indelegable.

La CABA, como persona moral que es, actúa mediante personas físicas que cubren los cargos correspondientes a su estructura, tanto los políticos (que directa o indirectamente son consecuencia del voto popular, en un Estado de raíz democrática) como los técnicos y administrativos (que se llevan de acuerdo con las normas sobre empleo público). La actuación de tales funcionarios y empleados públicos se imputa directamente al Estado.

El Estado también desarrolla sus funciones recurriendo a la contratación pública con terceros que no se incorporan a su estructura orgánica (v. gr. contratos para la construcción de una obra pública, sea con o sin la concesión de su explotación posterior; contratos de suministro de bienes y servicios; contratos de explotación de servicios públicos; etc.).

Ahora bien, desde hace un tiempo es frecuente encontrar un reverdecer de una suerte de privatización o concesión a terceros de la prestación de ciertas tareas cuya realización implica directamente el ejercicio de funciones estatales. Así, empresas privadas comerciales o profesionales desarrollan actividades tales como la gestión de los gravámenes, o su inspección y verificación, o bien directamente su cobranza.

No parece ser esta una práctica constitucionalmente admisible, puesto que conlleva a despersonalizar al Estado, a vaciarlo en el ejercicio de sus funciones más vitales e intrínsecas a su existencia, a la vez que viola, indirectamente, las normas sobre contratación pública, en especial sobre empleo público.

Las potestades de aplicación, gestión, verificación y posterior recaudación de los gravámenes no son susceptibles de ser transferidas fuera de la órbita estatal, por elementales razones ligadas a su estrecha

relación con los principios de reserva de ley y de legalidad. El tributo en sí se establece coactivamente, y la coerción que ejerce el Estado para su aplicación debe ser empleada por él sin posibilidad de delegarlo en terceros ajenos a su estructura.

Una cosa es que el Estado contrate con terceros ciertos servicios vinculados con la aplicación de los tributos (v. gr. soporte informático, la realización de programas de computación para el procesamiento de datos, provisión de insumos, etc.), pero manteniendo siempre él la vinculación directa con los contribuyentes y responsables, influyendo en sus respectivas esferas de derechos y obligaciones; y otra muy diversa es que sea otro particular el que, supuestamente munido de las competencias estatales referidas, actúe para modificar la esfera de derechos y obligaciones de otros.

La Administración Tributaria, como parte integrante del Poder Ejecutivo, es el órgano específico que ha de procurar la aplicación de los tributos (en sentido lato) y su recaudación (también en sentido lato), sin delegaciones de especie alguna y por sus propios agentes, ya que hace al empleo público en su esencia la investidura de las funciones y competencias, reglamentadas por las leyes y demás disposiciones que demarcan los deberes y atribuciones de los órganos de la Administración.

La propia configuración de la Hacienda Pública mediante la función de recaudación asignada por la CN al PEN hace que ella sea indelegable, por lo que estos contratos de tercerización diluyen su integridad. Es decir, cuando se comparten la aplicación del tributo y la disposición de los fondos percibidos en concepto de las obligaciones tributarias, se malogra la función.

Por otro lado, hay que resaltar la diferencia existente entre el fin público perseguido por el Estado, tendiente al bien común, y los objetivos que persiguen las empresas privadas que, por más respetables que sean, buscan el lucro individual. Y tal diferencia puede influir, de mala manera, al momento de la toma de decisiones respecto del ejercicio de las funciones públicas señaladas, por clara oposición de intereses entre un particular *recaudador* y otro particular contribuyente, desviándose así el poder público de sus fines propios.

Generalmente, detrás de estos contratos se esconde o bien la impotencia de la Administración Tributaria para lograr por sí sus objetivos, o bien actos difícilmente confesables que permiten a particulares acceder al cobro de grandes sumas de dinero vinculadas con la recaudación.

Como señala Spisso, la lectura de las normas contenidas en los Códigos Fiscales locales que admiten esta práctica permite ver que existe una amplia gama de variantes en la extensión con la que se halla regulada la delegación de facultades de fiscalización y verificación para la determinación de la deuda, ya que algunos lo contemplan en lo relativo a la fiscalización y determinación de la deuda, otros la restringen a determinados tributos, y otros permiten también la imposición de sanciones por infracciones, etc.⁸³

Opina este autor que la indisponibilidad de la obligación tributaria para la Administración Tributaria le impide realizar concesiones que sí podrían hacer, en principio, los acreedores privados, y que ello puede opacar o directamente incumplir el cometido estatal cuando se deja en manos de terceros ajenos al Estado las tareas que importan el ejercicio de las potestades tributarias de gestión, verificación, inspección y recaudación. Y dicho ello más allá de la anomia y discrecionalidad con la que se suelen manejar estos terceros en su relación con los contribuyentes.

Además, los actos que emitan estos terceros no serán actos administrativos, por lo cual se rompe el esquema de validez sobre el que reposa el actuar de la Administración (en general) fundado en la presunción de legitimidad de sus actos.

Por otro lado, como advierte Spisso, esta suerte de privatización colisiona con el secreto fiscal como garantía dada por el Estado a los particulares a quienes obliga, bajo severas sanciones por incumplimiento, a revelar información sobre ellos (obtenida de manos de ellos mismos o de terceros), y que debe cuidar para que únicamente sea empleada para los fines para los cuales fue solicitada.

Visto desde una perspectiva histórica, el asunto parece una retrogradación a las épocas en que se instauraban los sistemas de publicanos, es decir de particulares que tras abonar una determinada suma de dinero al monarca, adquirían los derechos que este tenía al cobro de ciertos tributos, produciéndose una suerte de subrogación en la posición del acreedor, obteniendo un rédito dado por la diferencia entre lo que efectivamente conseguían recaudar (no siempre por las vías legítimas) y lo abonado en su oportunidad al titular originario del crédito tributario.

83. Spisso, Rodolfo Roque, "La privatización de la función pública en el Estado desertor", en *Derecho Tributario provincial y municipal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2007, p. 21 y ss.

La redacción de esta norma, por lo tanto, responde a los fines de evitar que la responsabilidad descansa en entidades privadas o particulares: “Podrán delegar cuestiones instrumentales o específicas, pero jamás la responsabilidad que debe asumir el gobierno y el Estado de la Ciudad de Buenos Aires en cuanto a la recaudación, y supervisión y control de los impuestos y tributos”.⁸⁴

Artículo 52

Se establece el carácter participativo del presupuesto. La ley debe fijar los procedimientos de consulta sobre las prioridades de asignación de recursos.

Artículo 53

El ejercicio financiero del sector público se extenderá desde el 1° de enero hasta el 31 de diciembre de cada año.

El proyecto de ley de presupuesto debe ser presentado ante el Poder Legislativo por el Poder Ejecutivo, antes del 30 de septiembre del año anterior al de su vigencia.

Si al inicio del ejercicio financiero no se encontrare aprobado el presupuesto, regirá hasta su aprobación el que estuvo en vigencia el año anterior.

El presupuesto debe contener todos los gastos que demanden el desenvolvimiento de los órganos del gobierno central, de los entes descentralizados y comunas, el servicio de la deuda pública, las inversiones patrimoniales y los recursos para cubrir tales erogaciones.

La ley de presupuesto no puede contener disposiciones de carácter permanente, ni reformar o derogar leyes vigentes, ni crear, modificar o suprimir tributos u otros recursos.

Toda otra ley que disponga o autorice gastos, debe crear o prever el recurso correspondiente.

Los poderes públicos sólo pueden contraer obligaciones y realizar gastos de acuerdo con la ley de presupuesto y las específicas que a tal efecto se dicten.

Toda operación de crédito público, interno o externo es autorizada por ley con determinación concreta de su objetivo.

Todos los actos que impliquen administración de recursos son públicos y se difunden sin restricción. No hay gastos reservados, secretos o análogos, cualquiera sea su denominación.

84. Exposición del convencional Garré en la reunión de sesión ordinaria del 30 de agosto de 1996. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960830/960830.htm#PrincipiosConstitucionalesImposición

Artículo 54

Los sistemas de administración financiera y gestión de gobierno de la Ciudad son fijados por ley y son únicos para todos los poderes; deben propender a la descentralización de la ejecución presupuestaria y a la mayor transparencia y eficacia en la gestión. La información financiera del gobierno es integral, única, generada en tiempo oportuno y se publica en los plazos que la ley determina.

EL INSTITUTO DEL PRESUPUESTO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CABA

Los artículos 52, 53 y 54 se ocupan de lo relativo al instituto jurídico del presupuesto financiero. Por tal motivo, hemos considerado oportuno hacer el abordaje conjunto de sus disposiciones.

El presupuesto puede definirse como un instituto jurídico propio del Derecho Financiero, que se plasma en una ley que contiene, para un determinado período de tiempo –llamado ejercicio financiero–, la previsión total de ingresos que obtendrá el Estado (de sus diversas fuentes) como así también la autorización de todos los gastos a realizar, con un determinado grado de detalle en sus aplicaciones concretas por los diversos funcionarios, para brindar los servicios estatales programados (v. gr. defensa, seguridad, sanidad, desarrollo económico, asistencia social, justicia, etc.), tendientes a la satisfacción de las necesidades públicas.⁸⁵

EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN MATERIA PRESUPUESTARIA

En primer lugar, y antes de entrar en el desarrollo de los aspectos puntuales del instituto del presupuesto, es necesario señalar que tanto los ingresos como los gastos públicos deben ser determinados por el Poder Legislativo, es decir por los representantes del pueblo. Se persigue así lograr la división y equilibrio de poderes. El Poder Legislativo decide, y el Poder Ejecutivo lleva a cabo.

85. Naveira de Casanova, Gustavo J., *Finanzas Públicas y Derecho Financiero*, Buenos Aires, Editorial Estudio, 2016, p. 123.

En la CN esta regla está consolidada en el artículo 75, inciso 8, y en la Constitución de la CABA está recogida en sus artículos 52 y 53, los que exigen una ley de presupuesto por ejercicio financiero, estableciendo que este será “anual”. El ciclo financiero o ejercicio financiero coincide con el año calendario, ya que así lo dispone la norma estudiada, al indicar que aquel se inicia el 1° de enero y abarca hasta el 31 de diciembre de cada año.

Por medio de la ley, producto de la asamblea de representantes, los ciudadanos autorizan a los poderes públicos a emplear los recursos cuya recaudación también autorizaron y consintieron por similar tipo de norma. Es un elemento esencial en la comprensión del Estado Social y Democrático, que tiene sus raíces ya en el Estado liberal de fines del siglo XVIII.

Este principio justifica la existencia de un *ciclo* presupuestario, con la contraposición de acciones a cargo del Poder Ejecutivo, y autorizaciones –primero– y controles –sean concomitantes o posteriores– en cabeza del Poder Legislativo.

EL PRESUPUESTO COMO INSTITUTO JURÍDICO

A la noción de presupuesto como instrumento jurídico dada en el punto 1 anterior, hay que agregar que ella lleva en sí la idea de previsión –principalmente en relación a los ingresos–, pero no agota en eso su contenido, porque es también una herramienta de conocimiento ya que permite medir la actividad económica del Estado, a la vez que un instrumento de control de la propia actividad estatal, tanto al momento de sancionarse (autorización de gastos) como en una etapa posterior a su ejecución.

El presupuesto no es un balance contable, ya que no tiene por función sólo describir la medida y variación de un activo, ni los resultados de una determinada gestión (positivos y negativos). Refleja los recursos previstos y para qué se aplicarán.⁸⁶ Es una herramienta relevante dentro del Estado de Derecho, pues funciona como mandato, ya que la Legislatura aprueba la composición de los recursos y los gastos, y tal

86. *Ibidem*, p. 123 y ss.

documento refleja deberes y derechos a cargo del Estado delimitando el accionar de este a lo que ha sido expresamente autorizado. Como todo mandato, prevé una posterior rendición de cuentas del mandatario (Poder Ejecutivo) ante su mandante (la Legislatura), para revisar el cumplimiento de las pautas aprobadas oportunamente al sancionar la ley anual de presupuesto.

Ese fue el sentido en el que se debatió su incorporación al texto constitucional. En el debate constituyente se indicó que

... sin duda constituye un instrumento de gobierno, que refleja y da forma a la vida económica de la Nación, donde se entrelazan ingresos y gastos públicos con la vida económica privada, determinando parcialmente la actividad económica total. Concebido de ese modo, el presupuesto se traduce en un acto de trascendencia que regula la vida económica y social del país, con significación jurídica y no meramente contable; es una manifestación integral de la legislación, de carácter unitario en su constitución, fuente de derechos y obligaciones para la administración y productor de efectos con relación a los particulares, como diría Giuliani Fonrouge. (...) Un gran financista –José Terry– se refería al presupuesto en los siguientes términos: “Puede decirse que después de la Ley Fundamental de nuestro país, que es la Constitución, la más importante es la del presupuesto; porque sus partidas revelan el estado de cultura moral e intelectual del pueblo, sus adelantos y retrocesos materiales, su situación económica y financiera. Puede compararse el presupuesto al espejo donde se reproduce fielmente la vida toda de una Nación”. Estas palabras ilustran el alcance del presupuesto como instrumento de gobierno, en el que aparece reflejada la utilización del gasto público, privilegiando una asignación equitativa que promueva un mejor nivel en la calidad de vida del pueblo de la ciudad.⁸⁷

En el ámbito de la CABA, la Ley N° 70 –con sus modificaciones y reglamentaciones–⁸⁸ instrumenta la forma de llevar a cabo el instru-

87. Exposición del convencional Garré en la reunión de sesión ordinaria del 6 de septiembre de 1996. Disponible en: http://www.infoleg.gov.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960906/960906.htm#ContenidosProyectoLeyPresupuesto

88. Ver Ley N° 70, Boletín Oficial (BOCBA) N° 539 del 29/09/1998 y texto consolidado al 28/02/2014 por la Ley N° 5454 (BOCBA 4799 del 13/01/2016). Reglamentada por el Decreto 1000/GCBA/99 y sus modificatorias (entre ellas, el Decreto 637/GCBA/08 y la Resolución 1280/MHGC/09 y modificatorias).

mento presupuestario, su elaboración, su ciclo de ejecución y su control, de manera tal de tornar operativos los principios contenidos en el artículo 53 de su Constitución.

EL EJERCICIO FINANCIERO

Como se anticipó, se denomina ejercicio financiero al período de tiempo comprendido por el presupuesto de que se trate. Es decir, el lapso de tiempo, el corte cronológico al cual se refieren tanto la previsión de ingresos que tendrá el Estado como también la autorización de los gastos a realizar, como forma de segmentar la actividad estatal, para su control y para permitir estudios y comparaciones con ejercicios pasados.

La Constitución de la CABA determinó que el ejercicio financiero debe coincidir con el año calendario, diferenciándose así de otros sistemas en los cuales esta definición queda librada al legislador ordinario, quien puede optar por realizar otros cortes temporales.

LA RECONDUCCIÓN DEL PRESUPUESTO

Una aparente excepción a los principios de reserva de ley y de anualidad es la llamada reconducción presupuestaria. Es decir, si al inicio del ejercicio financiero no existe una ley que autorice la actividad financiera durante dicho lapso de tiempo, este principio es el que permite que se cubra tal ausencia mediante la puesta en vigor de un presupuesto anterior, con determinados ajustes lógicos.

Por razones de índole política o de emergencia puede darse el caso de que no se haya sancionado la ley de presupuestos correspondiente (v. gr. porque alguna facción política no brindó su apoyo a la ley, siendo este imprescindible para lograr la mayoría para su sanción; o porque el Poder Ejecutivo vetó la ley, etc.), por lo que la actividad financiera quedaría sin respaldo alguno, sin autorización para actuar y llevaría a la parálisis de la Administración.

Sin embargo, en el sistema jurídico de la CABA se han previsto diversos mecanismos para evitar esa situación. Con relación a los recursos, por lo general, ellos no se ven paralizados en su afluencia,

porque las leyes que los establecen poseen carácter permanente o bien de duración temporal mayor al ejercicio financiero. Y, con respecto a los gastos, se prevé la reconducción presupuestaria, establecida en el artículo 53 de la Constitución de la CABA, en cuanto que si al inicio del ejercicio financiero no se hubiera aprobado el presupuesto general específico, regirá el del ejercicio anterior, a los fines de la continuidad de los servicios administrativos.

Por otra parte, ello no impide que la Legislatura retome el ejercicio de su potestad financiera y sancione una ley de presupuestos para el ejercicio financiero en curso, debiendo hacerse las adaptaciones que correspondan con relación a los gastos realizados y a los recursos percibidos entre su inicio y la toma de vigencia efectiva de esta ley. Ello surge del mismo artículo 53 de la Constitución de la CABA, que dispone la vigencia de la ley presupuestaria para el ejercicio anterior hasta la aprobación de la nueva ley de presupuesto. Al igual que en la Nación, la norma establece un plazo común para la presentación del Proyecto intentando unificar todos los recursos y gastos que se estiman, que deberán conformar el siguiente presupuesto: “el proyecto de ley de presupuesto debe ser presentado ante el Poder Legislativo por el Poder Ejecutivo, antes del 30 de septiembre del año anterior al de su vigencia”. Se modificó así el plazo antes contenido en el artículo 9, inciso e, de la Ley orgánica municipal N° 19987 (antes del 31 de octubre) a los fines de ampliar el plazo para el debate de su contenido, fomentando la idea de discusión y de previsión sobre su contenido.

EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD EN MATERIA PRESUPUESTARIA

El presupuesto debe reflejar, de manera explícita, todos los ingresos públicos razonablemente previsibles y todos los gastos del Estado, por sus valores reales o brutos, sin expresarlos en términos netos. Dicho de otra manera: que toda la actividad financiera estatal debe estar contenida en el presupuesto.

Esto posibilita el control de la decisión política plasmada en la norma presupuestaria.

La regla está recogida en el artículo 53 de la Constitución de la CABA, que prescribe que los presupuestos comprenderán todos los re-

cursos y gastos previstos para el ejercicio, tanto para el Gobierno central como para los entes descentralizados y comunas.

También cabe aclarar que en el marco del contenido del presupuesto no debe soslayarse la previsión que hace al respecto de la descentralización, que es una consecuencia lógica del sistema de comunas adoptado por la CABA, y que tiende a una descentralización no sólo política sino también de índole económica, relacionada con los derechos de los vecinos en la participación de las políticas públicas. Así se entendió al momento de su implementación, cuando se dijo durante el debate constituyente:

Finalmente, cabe señalar que la cláusula que establece la descentralización de la ejecución presupuestaria va a permitir a los responsables de aquellos organismos dependientes del órgano ejecutivo un manejo de los gastos más acorde con la realidad específica del área de su competencia, en lugar de ser el producto de una decisión superior que en su carácter general puede no responder a necesidades específicas. En este sentido, estamos instaurando una línea de acción para la futura ley de administración financiera que dicte la Legislatura, donde se fije como pauta o criterio fundamental la descentralización de la ejecución presupuestaria. Le vamos a dar a cada funcionario de organismos descentralizados la posibilidad de que sea el ejecutor del presupuesto que tiene asignado, pero también, por otra parte, seguramente le vamos a exigir que asuma la responsabilidad consecuente por la decisión en la asignación del gasto y de los recursos que le están dando a través de la descentralización de la ejecución presupuestaria.⁸⁹

Es una norma que ostenta una clara intención de optimizar el uso de los recursos, entendiendo que, a partir de la descentralización, se permitirá una mejor ejecución del gasto, pues quienes estarán a cargo de esta tarea serán aquellos que conozcan más de cerca las aristas de las necesidades de los vecinos, y la especialidad de la materia en la que se gastarán los recursos, maximizando así su rendimiento.

89. Exposición del convencional Garré en la reunión de sesión ordinaria del 06 de septiembre de 1996. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960906/960906.htm#ContenidosProyectoLeyPresupuesto

LA PROHIBICIÓN DE ESTABLECER DISPOSICIONES DE CARÁCTER PERMANENTE EN UNA LEY ANUAL DE PRESUPUESTO

La Constitución de la CABA, en su artículo 53, expresamente prohíbe que la ley anual de presupuesto contenga disposiciones de carácter permanente, reforme o derogue leyes vigentes, o bien que cree, modifique o suprima tributos u otros recursos.⁹⁰

Una disposición similar contiene la Ley N° 24156 en su artículo 20, en cuanto dispone que las leyes anuales de presupuestos “no podrán contener disposiciones de carácter permanente, no podrán reformar o derogar leyes vigentes, ni crear, modificar o suprimir tributos u otros ingresos”. Con relación a esta norma, la CSJN expresó que la naturaleza de la ley de presupuesto es idéntica a la de cualquier otra ley, por lo que nada impide al Congreso Nacional establecer disposiciones de carácter permanente, modificar o derogar otras leyes.⁹¹ En este sentido, dijo que

A pesar de que a veces contiene disposiciones que no son sólo de naturaleza financiero-administrativa, sino también de Derecho Penal e, incluso, de Derecho Privado, la ley de presupuesto es una ley en el sentido institucional de vocablo, con plenos efectos jurídicos

y que

En nuestro sistema constitucional, nada permite inferir que la función legislativa en materia presupuestaria se limita a aprobar o a autorizar lo que propone el Poder Ejecutivo, sino que el Congreso recibe un proyecto de presupuesto y lo acepta, lo modifica o lo rechaza, en todo o en parte, sin restricción alguna; no es un acto aprobatorio que pasa a integrar un acto administrativo: es acción legislativa normal y primordial aun cuando la iniciativa corresponda al Poder Ejecutivo, que es el responsable de la administración general del país (artículo 99, inc. 1, Constitución Nacional).

90. En el derecho comparado, puede citarse el art. 134.7 de la Constitución española de 1978, en cuanto prohíbe que por la ley anual de presupuestos se creen tributos. Es una limitación más acotada que la de la Constitución de la CABA. Ver al respecto la sentencia 21/1981, de 20 de julio, del Tribunal Constitucional, que delimitó el alcance de dicha norma.

91. Fallos: 325:2394, “Zofracor S.A. v Nación Argentina”, del 20/09/2002.

Finalmente, concluyó:

No hay obstáculo constitucional para que el Poder Legislativo establezca, suprima o modifique tributos (u otro tipo de ingresos) en la ley de presupuesto. Las autolimitaciones que el Congreso ha emitido pueden ser modificadas o dejadas sin efecto, incluso en forma implícita; la ley de presupuesto es un acto de gran trascendencia política y la voluntad del Poder Legislativo no está limitada por actos preexistentes de igual jerarquía normativa.

Así, el hecho de que una ley formal dictada por el propio Congreso hubiera establecido límites a la ley de presupuesto, esto no implica que el mismo organismo que dictó ambas leyes no pudiera, por medio de la ley de presupuesto, derogar o modificar la ley anterior.

En la CABA la situación es completamente distinta puesto que, a diferencia de lo que ocurre en la Nación, es su Constitución la norma que establece el límite al contenido de la ley de presupuesto, por lo que aquellas disposiciones establecidas excediendo los límites dispuestos en su artículo 53 serán inconstitucionales.

La intención de cercenar estas posibilidades fue clara, y así se pronunciaron expresamente los convencionales:

... se ha incluido la expresa prohibición de que las leyes de presupuestos contengan normas de carácter permanente que reformen o deroguen las normas vigentes o que modifiquen o supriman tributos u otros ingresos. Me estoy refiriendo a las llamadas leyes ómnibus, muchas veces votadas a la madrugada para que, aprovechando la somnolencia o el descuido, se pudieran incluir por la ventana temas que no habían sido ingresados adecuadamente por la puerta. En consecuencia, las leyes de presupuesto contendrán normas que se relacionen directa y exclusivamente con la aprobación, ejecución y evaluación del presupuesto del que forman parte. Resulta de gran importancia que un Estatuto organizativo contenga una norma de semejantes características, que impida al legislador desnaturalizar aquellos altos fines sobre los que se han concebido las leyes de presupuesto, es decir, la especificación de los gastos y de los recursos. Es dable poner de manifiesto que a diferencia de lo que ocurre a nivel nacional, donde una ley es la que estipula la prohibición, aquí le estamos dando una jerarquía superior a dicha disposición.⁹²

92. Exposición del convencional Garré en la reunión de sesión ordinaria del 6 de septiembre de 1996. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_

Esta disposición busca impedirle al legislador desnaturalizar los fines que sostienen y se plasman en las leyes de presupuesto.

LOS GASTOS RESERVADOS

Se suele denominar como gastos reservados a partidas que, estando previstas como tales en la ley de presupuesto, se destinan a ciertas actividades opacas del Estado –por así llamarlas–, tales como las de inteligencia, de espionaje, etc. Por su naturaleza, en ciertos casos sería contraproducente exigir un detalle exhaustivo de estos gastos, o bien su completa justificación (v. gr. los gastos en que pueda incurrir una fuerza de seguridad en ciertos pagos menores a “soplones”, a fin de obtener información útil para prevenir un delito grave; no podría pensarse en este caso que se exija una factura o recibo en regla a esa persona). Sin embargo, muchas veces se ha abusado de esta figura, para colar por esta vía desvíos de fondos públicos hacia los bolsillos de funcionarios o sus allegados.

La norma avanza aquí en su intención de garantizar la transparencia en los gastos públicos y veda expresamente la existencia de gastos reservados. Este concepto es armónico con los principios de transparencia y publicidad que rigen el presupuesto. Es decir, el constituyente de la CABA se ha decantado por la transparencia, dejando de lado la pretendida utilidad o funcionalidad que puedan tener, en ciertas oportunidades, estos gastos así llamados.

Se relaciona también con la idea de presupuesto participativo que se desarrollará luego.

LA AUTORIZACIÓN PARA REALIZAR GASTOS

La norma expresamente dice, en su parte pertinente, que “Toda otra ley que disponga o autorice gastos, debe crear o prever el recurso correspondiente. Los poderes públicos sólo pueden contraer obligaciones y realizar gastos de acuerdo con la ley de presupuesto y las específicas que a tal efecto se dicten”. Ello representa una excepción a

los principios de universalidad y de unicidad, pues contempla la posibilidad de adoptar nuevos gastos por fuera de la ley de presupuesto. Si bien no es lo ideal, desde el punto de vista de la técnica presupuestaria, puede ser una herramienta útil para paliar ágilmente los vaivenes económicos y la dinámica en la ejecución del presupuesto. No obstante, es necesario destacar que esta herramienta ha de utilizarse de forma extraordinaria y con acabados fundamentos, pues lo contrario importaría desnaturalizar las formas y fines de la ley de presupuesto y, mediante el uso de esta facultad, sortearse los pasos y debates correspondientes. También denota una falencia en el principio de previsión, pues acudir a estos métodos implica que el presupuesto aprobado no ha alcanzado a contemplar todas las necesidades o que, por lo menos, sus estimaciones han podido resultar imprecisas. Ello con exclusión de aquellos casos de emergencia o fuerza mayor que no pueden siquiera contemplarse (por ej. catástrofes naturales, epidemias, etc.).

Esta posibilidad también colisiona con el criterio de unidad de caja ya que no se encuentran todos los recursos y gastos centralizados para su contralor.

Tampoco se condice con el precepto que establece que los recursos no deben estar específicamente afectados a un gasto, para así mantener en ellos la posibilidad de atribuirlos conforme se presenten las necesidades. No obstante, también es reconocida la existencia de tributos con afectación específica, que ya se trataron al desarrollar el artículo 51 y que configuran una excepción a la regla.

En el entendimiento de que esta opción ha de implementarse fundamentalmente, lo cierto que es que la previsión de los recursos –cuando se adopta un nuevo gasto– ha de entenderse como una herramienta para mantener equilibrado el presupuesto y evitar incumplimientos de las labores del Estado que acarrearán, posiblemente, un desmedro en los derechos de los vecinos. Lo cierto es que es una opción habitual en las normas reguladoras de los presupuestos, sin embargo, ello no debería ser utilizado indiscriminadamente como una opción, pues tal como es ampliamente reconocido, las necesidades son infinitas, mientras que los recursos son escasos. La determinación del origen de los recursos que solventarán el gasto debe ser acorde a una expectativa y capacidad real, y no a meras conjeturas que generaran un desequilibrio en el presupuesto y situaciones deficitarias.

EL CRÉDITO PÚBLICO. SU DEFINICIÓN Y ALCANCES

Al igual que establece la legislación nacional, la local prevé un sistema específico para la obtención de recursos empleando el crédito público.

El *crédito*, cuya etimología implica creer, hace alusión a la confianza de la cual puede gozar una persona –en este caso el Estado– para obtener sumas de dinero en préstamo.

Según Oría, el crédito público es la aptitud política, económica, jurídica y moral de un Estado para obtener dinero o bienes en préstamo basada en la confianza de que goza por su patrimonio, por los recursos de los que pueda disponer, o por su propia conducta anterior frente a situaciones similares.⁹³

La CN establece una fuerte impronta del principio de reserva de ley en materia de crédito público. En efecto, en su artículo 4 establece que es el Congreso quien decreta los “empréstitos y demás operaciones de crédito”, cuyo destino es la cobertura de “urgencias de la Nación o empresas de utilidad pública”. Correlativamente, los incisos 4 y 7 del artículo 75 CN establecen que compete al Congreso contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación, a la vez que arreglar el pago de la deuda interior y exterior. En la redacción de la Constitución de la CABA, la posibilidad de contraer créditos surge del artículo 9, inciso 8.

Ahora bien, si tomamos en cuenta la legislación nacional, nos encontramos con que a pesar de que el principio de reserva de ley está férreamente establecido en la CN, usualmente el Congreso suele habilitar al PEN para que haga efectiva esta facultad, dentro de las previsiones legales establecidas, sea con carácter general –en la Ley N° 24156, en la que regula el funcionamiento del Banco Central de la República Argentina, en la ley de ministerios o en otras leyes generales– o bien con carácter específico en cada ley anual de presupuesto. La CSJN ha admitido esta modalidad, por ejemplo, en Fallos: 319:2886, “Adriano C. Brunicardi v. Banco Central de la República Argentina”, del 10/12/1996, al expresar respecto de dichos mecanismos:

Que no puede afirmarse que el Poder Legislativo haya transferido una competencia propia sino que, en la práctica del funcionamiento de las instituciones en la última década, la ha ejercido en la oportunidad del

93. Naveira de Casanova, Gustavo José, *Finanzas Públicas y Derecho Financiero*, op. cit., p. 255.

debate y aprobación de la ley anual de presupuesto general. Más próxima a una delegación se halla la autorización anticipada que, en forma genérica, el Congreso ha otorgado en la ley de ministerios al Ministro de Economía del Poder Ejecutivo de la Nación, para intervenir en operaciones de empréstito externo, operaciones financieras de ese carácter y en las negociaciones internacionales de naturaleza económica, monetaria, comercial y financiera (artículo 20, incisos 13 y 25 de la ley de ministerios según el texto ordenado por el Decreto 132 del 10 de diciembre de 1983, vigente al tiempo de los hechos que se discuten en autos). Se trataría de una delegación impropia en materia determinada de administración, cuyas bases estarían dadas en la ley general de presupuesto anual de la Nación (artículo 76 de la Constitución Nacional)

agregando que

... la Ley N° 24156 –que constituye un todo orgánico regulador de la administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional– (...), revela la voluntad actual del órgano legislador de continuar ejerciendo la competencia que se discute en el *sub lite*, en oportunidad de la aprobación de la ley de presupuesto general del año respectivo, sin perjuicio de reservar la posibilidad de dictar una ley específica para aquellas operaciones de crédito público que no estuvieran contempladas en la ley de presupuesto general y delegar facultades en el Poder Ejecutivo en cuanto a las operaciones de crédito con los organismos financieros internacionales de los que la Nación forma parte (artículo 60 de ese cuerpo legal), delegación que ciertamente deberá respetar el marco constitucional (artículo 76 de la Constitución Nacional).

Por su parte, del juego de los artículos 121 y 126 CN queda en claro que las provincias también pueden hacer uso de su crédito público y contraer empréstitos. El artículo 124 CN da una pauta en cuanto a que en ejercicio de esas competencias –entre otras– no han de afectar el crédito público de la Nación.⁹⁴

En el caso de la CABA, el artículo 80 de su Constitución dispone, entre las atribuciones del Poder Legislativo, que “Sanciona anualmente el Presupuesto de Gastos y Recursos” y “Autoriza al Poder Ejecutivo a contraer obligaciones de crédito público externo o interno”, a la vez que el artículo 53, que aquí se comenta, dispone que “Los poderes públicos sólo pueden contraer obligaciones y realizar gastos de acuerdo

94. *Ibidem*, p. 264.

con la ley de presupuesto y las específicas que a tal efecto se dicten. Toda operación de crédito público, interno o externo es autorizada por ley con determinación concreta de su objetivo”.

Como puede verse, la CABA, al igual que la Nación, adhiere sin fisuras al principio de reserva de ley, incluso disponiendo que los empréstitos internos y externos deben contener, en la ley que lo autorice, la especificación del destino que tendrán los fondos que por esa vía se obtengan.

Asimismo, sobre las facultades de endeudamiento de las provincias y de la CABA, deben tenerse en cuenta las pautas de la Ley N° 25917, que estableció el Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal (RFRF), la cual, en lo relativo al endeudamiento, contiene disposiciones específicas, a saber:

a) En el artículo 2 preceptúa que el Gobierno Nacional debe presentar ante el Consejo Federal de Responsabilidad Fiscal (CFRF) el marco macrofiscal para el siguiente ejercicio, en el cual ha de incluir, entre otros puntos, los límites de endeudamiento para el conjunto de las provincias, la CABA y el Estado Nacional (inciso b).

b) Su artículo 6 obliga a las partes del RFRF a que, antes del 30 de noviembre de cada año, presenten ante sus respectivas legislaturas las proyecciones de presupuestos plurianuales para el trienio siguiente, en las que, entre otras informaciones, contengan la programación de operaciones de crédito provenientes de organismos multilaterales (inciso e) y el perfil de vencimientos de la deuda pública (inciso f).

c) Con relación al gasto público, el artículo 12 establece que el producido de la venta de activos fijos de cualquier naturaleza, como así el endeudamiento –del Gobierno Nacional, de las provincias y de la CABA–, no podrá destinarse a gastos corrientes ni generar aumentos automáticos para el ejercicio siguiente, excepto operaciones de crédito para reestructurar deuda en condiciones más favorables para ellas, el financiamiento proveniente de organismos multilaterales de crédito y el proveniente de programas nacionales de financiamiento con destino a obras públicas y fines sociales.

d) El artículo 20 prevé que cuando los niveles de deuda generen servicios superiores a los indicados en el primer párrafo de su artículo 21, deberán presentarse y ejecutarse presupuestos con superávit primario (nivel de gasto neto del pago de intereses) acordes con planes

que aseguren la progresiva reducción de la deuda y la consiguiente convergencia a los niveles antes definidos.

e) Por su parte, el artículo 21 establece que los gobiernos provinciales y de la CABA tomarán las medidas necesarias para que el nivel de endeudamiento de sus jurisdicciones sea tal que en cada ejercicio fiscal los servicios de la deuda instrumentada no superen el 15% de los recursos corrientes netos de transferencias por coparticipación a municipios.

f) Para acceder a operaciones de endeudamiento que requieran del aval del Estado Nacional, las jurisdicciones locales (provincias, CABA y municipios), deben elevar los antecedentes y la documentación correspondiente al Ministerio de Economía y Producción, el que efectuará un análisis a fin de autorizar tales operaciones conforme a los principios establecidos en la Ley N° 25917 (artículo 25).

También es pertinente indicar lo relativo a la publicidad que ha de darse a los gastos públicos.

La citada Ley N° 25917, en su artículo 8, expresa que la información presupuestaria será pública y de libre acceso para cualquier institución o persona interesada en conocerla, y que –entre otros extremos– ha de referirse al estado de situación, perfil de vencimientos y costo de la deuda pública, así como de los avales y garantías emitidos, y de los compromisos de ejercicios futuros contraídos (inciso g).

Todas las normas aquí mencionadas funcionan como límites a las capacidades de la CABA a la hora adoptar como forma de obtener recursos el crédito público, y si bien no afectan las facultades plasmadas en su Constitución, no pueden dejar de ponderarse, pues lo contrario importaría posibles colisiones con la norma de jerarquía superior (artículo 31 CN), generando conflictos innecesarios a nivel económico y político.⁹⁵

EL PRESUPUESTO PARTICIPATIVO

El artículo 52 establece una característica fundante de la ley anual de presupuestos, que es su carácter participativo, al estipular la adopción de sistemas de consulta para la prioridad en la asignación de los ingresos.

95. Se aclara que la CABA adhirió al sistema de la Ley N° 25917 mediante la Ley N° 1726 (2005), pero luego derogó esta norma de adhesión por la Ley N° 3297 (2009).

Esta condición la distingue del sistema nacional de la Ley N° 24156, ya que prevé un sistema de participación ciudadana vinculada al gasto público, más específicamente al destino de los recursos que satisfacen esos gastos. De esta forma se implementa una herramienta que, en principio, permitiría una relación más directa entre la ejecución del presupuesto y los vecinos de la CABA.

Para entender el objetivo que se pretendió alcanzar con la incorporación de esta característica en el plexo normativo, corresponde realizar una remisión al debate habido en la Convención Constituyente. Entre los argumentos esgrimidos en el debate de la redacción de este artículo se destaca un argumento tendiente a aceptar la mayor participación ciudadana en la decisión pública. En otras palabras, una herramienta de inserción de participación popular directa:

Estas formas constituyen inserciones de participación popular directa en sistemas netamente participativos, para citar textualmente la expresión de un correligionario del bloque de la Unión Cívica Radical, el doctor Jorge Reynaldo Vanossi. Tienen por objeto lograr un mayor interés y compromiso de los ciudadanos en la cosa pública.⁹⁶

Se busca brindarle al ciudadano un rol más participativo que sólo la emisión del voto en los llamados a elección. Se pretende conseguir un cambio en el paradigma sobre la apreciación de las necesidades del ciudadano como sujeto activo en la decisión del reparto de los ingresos. En otras palabras, la satisfacción del gasto. Esto conlleva otras obligaciones a cargo del Estado, como la de abrir canales de participación ciudadana que sean ágiles y eficientes, dado que lo contrario importaría convertir en letra muerta el texto del artículo 52.

La creación de estos canales tiende a:

... lograr el equilibrio y la convergencia entre la necesidad de dar participación a los habitantes de nuestra ciudad en la fijación de prioridades para la asignación del gasto y al mismo tiempo la necesidad de garantizar que esto se haga con un mecanismo ordenado, transparente, eficiente, que lleve al objetivo central que es discutir las grandes cuestiones de la ciudad.⁹⁷

96. Exposición del convencional Garré en la reunión de sesión ordinaria del 6 de septiembre de 1996. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960906/960906.htm#ContenidosProyectoLeyPresupuesto

97. Ídem.

Su implementación también se relaciona con la adopción de un sistema de comunas destinadas a fomentar y facilitar la participación de los ciudadanos. Estas unidades de gestión política y administrativa con competencia territorial se establecieron en el artículo 127 de la Constitución de la CABA, mientras que en el artículo 128 se dispuso que las comunas ejerzan funciones de planificación, ejecución y control, en forma exclusiva o concurrente con el Gobierno de la CABA, respecto a las materias de su competencia. Por su parte, luego se dictó la Ley N° 1777, denominada Ley Orgánica de Comunas, que tiene por finalidad, entre otras, promover la descentralización de las funciones del Gobierno de la CABA, preservando su integridad territorial, mejorar la eficiencia y la calidad de las prestaciones que brinda el Gobierno de la Ciudad, así como la de cuidar el interés general de la CABA y asegurar el desarrollo sustentable.

Estas herramientas permiten abrir canales de comunicación y participación con los que no se contaba y que se tornan instrumentos útiles para hacer operativo el precepto contenido en el artículo 52. Y así lo tuvieron en miras los convencionales.⁹⁸

Se distingue de las estructuras de uniones vecinales y/o concejos barriales en que aquí hay una fusión entre el rol del Estado y la participación directa del ciudadano. Es un espacio brindado por la CABA dentro de su organización para el desempeño de una relación más directa con los vecinos. Por ende, lo decidido en ellas reviste una importancia que no puede ser soslayada. Busca conciliar dos valores: democracia y participación.

Este sistema permite una discusión directa y el ingreso de proyectos sobre las opiniones que a los vecinos les merece la utilización de los recursos públicos.

98. "El desafío de las sociedades modernas es la superación de los sistemas de democracia representativa hacia la democracia participativa. Pero para gobernar es fundamental la información; entonces, si queremos que la gente participe en el proceso de gobierno debemos entregarle toda la información que sea posible y necesaria, bajo códigos modernos y momentos comunes. Esta posibilidad es real y, gracias al desarrollo tecnológico que permite la difusión masiva de las ideas, posibilita considerar y procesar un gran número de opiniones". Exposición de la convencional Carro en la reunión de sesión ordinaria del 6 de septiembre de 1996. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960906/960906.htm#CarácterParticipativoPresupuesto

El presupuesto participativo implica un reconocimiento a los habitantes el derecho a proponer el destino de sus tributos y les permite determinar las prioridades de su zona y de su barrio. Su objetivo tiende a lograr un mayor grado de transparencia en el gasto público.⁹⁹ El mecanismo de participación propende así a un sano ejercicio de los derechos de los vecinos, donde aspectos tan relevantes como la propia ejecución del presupuesto contemplan la valoración directa de las opiniones de los ciudadanos, dotándolos así de una oportunidad de expresar sus ideas y opiniones de forma dinámica y paralela al diseño y ejecución de la norma presupuestaria. Funciona como una instancia más de interacción y expresión de voluntad más allá del sufragio y del control de constitucionalidad que los vecinos pueden solicitarle al Poder Legislativo.

Debe tenerse en cuenta también que el artículo 64 de esta Constitución no permite que sean objeto de iniciativa popular, entre otras materias, las leyes de tributos y el presupuesto. El artículo 65 excluye al presupuesto de la posibilidad de referéndum obligatorio y vinculante, y el artículo 66 tampoco permite la consulta popular no vinculante al respecto.

LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA Y LA GESTIÓN DE GOBIERNO. UNICIDAD EN EL SISTEMA. BREVE REFERENCIA AL SISTEMA DE LA LEY N° 70

En el artículo 54 de la Constitución de la CABA se establece, en su primer párrafo, que el sistema de administración financiera y de gestión

99. La Secretaría de Descentralización y Participación Ciudadana dictó el 26/05/2004 la Resolución 120/GCABA/SDYPC/04 para la elección de delegados barriales del presupuesto. Disponible en: http://www.buenosaires.gob.ar/areas/leg_tecnica/sin/normapop09.php. Mientras que, a su turno, la Secretaría de Infraestructura y Planeamiento - Secretaría de Descentralización y Participación Ciudadana dictó el 06/05/2005 la Resolución 558/GCABA/SIYP/05, estableciendo la autorización de obras públicas en virtud del Presupuesto Participativo. Disponible en: http://www.buenosaires.gob.ar/areas/leg_tecnica/sin/normapop09.php. Dos años más tarde el Ministerio de Gestión Pública y Descentralización dictó el 06/03/2007 la Resolución 104/GCABA/MGPYDGC/07 mediante la cual se crea el Presupuesto Participativo, organismos fuera de nivel y centros de gestión y participación comunal. Disponible en: http://www.buenosaires.gob.ar/areas/leg_tecnica/sin/normapop09.php

de gobierno debe ser regulado por una ley, y que es único para todos los departamentos que componen el Estado, para todos sus poderes.

Ello se ha cumplido con el dictado de la mencionada Ley N° 70, denominada Ley de Administración Financiera, la cual abarca el sistema público de la CABA en su totalidad.

La Ley N° 70, por mor de la disposición constitucional señalada, presenta diferencias con el sistema nacional, cuyas reglas de administración financiera, ante la orfandad normativa en la CN al respecto, surgen en principio de la Ley N° 24156.¹⁰⁰

Por otra parte, el artículo 54 también da raigambre constitucional a las pautas rectoras de su sistema de administración, tanto en lo que refiere a la descentralización como así también en cuanto a la información vinculada a dicha administración.

El artículo 2 de la Ley N° 70 establece: “Los sistemas de Gestión y la Administración Financiera comprenden el conjunto de órganos, normas y procedimientos que hacen posible la obtención de los recursos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los objetivos del Estado” y, a continuación, reseña los aspectos sobresalientes sobre los sistemas de control del sector público. Por otra parte, su artículo 8 fija un objetivo primordial que recepta los principios de los artículos 48 y 49 de esta Constitución: “Los sistemas de Gestión y de Administración Financiera aseguran el cumplimiento de los principios de redistribución y compensación de las diferencias estructurales existentes entre las comunas, conforme lo determine la ley correspondiente”.

Como ocurre con las leyes generales sobre el instituto del presupuesto, su texto abarca la formulación, la ejecución y también la evaluación del presupuesto. Estos aspectos se fijan a lo largo de la Sección IV “Del Presupuesto de la Ciudad de Buenos Aires”, mientras que las secciones V y VI rigen los presupuestos tanto de las empresas como de las sociedades con participación mayoritaria del Estado local y la consolidación de los presupuestos del sector público de la CABA. Por su parte, el Título II, “De la gestión pública”, establece objetivos, carac-

100. En su art. 2 establece que “La administración financiera comprende el conjunto de sistemas, órganos, normas y procedimientos administrativos que hacen posible la obtención de los recursos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los objetivos del Estado”.

terísticas y funciones de los sistemas de gestión pública, que incluyen programas de acción de gobierno y proyectos de inversión pública.

En su artículo 11 indica que la gestión pública de la CABA se lleva a cabo mediante el llamado “Sistema de Programación de la Acción de Gobierno y del Sistema de Inversiones Públicas”, para los cuales establece que habrá un órgano rector.¹⁰¹ Por su parte, el artículo 12 fija los objetivos de los sistemas de gestión pública,¹⁰² entre los que se destacan la transparencia y la eficacia. En el artículo 13 define el concepto de “inversión pública”, que es “la aplicación de recursos en todo tipo de bienes y de actividades que incrementen el patrimonio de las entidades que integran el sector público, con el fin de iniciar, ampliar, mejorar, reponer o reconstruir la capacidad productora de bienes o prestadora de servicios”.

Dentro del Título II de esta ley, relativo al Sistema de Gestión Pública, cabe indicar que sus artículos 17 y 18 se refieren al Programa General de Acción de Gobierno, al Plan de Inversiones Públicas y al Presupuesto de la Administración de la CABA, los criterios que estos deben cumplir y su extensión. Por su lado, en el artículo 19 se define el Programa General de Acción de Gobierno y el Plan de Inversiones Públicas, su relación con el presupuesto plurianual, como así también los criterios y clasificaciones a seguir y sus alcances. Ello en consonancia con el artículo 20, que establece la coincidencia del ejercicio financiero con la duración de los ejercicios financieros de los Sistemas de Administración Financiera.

Luego se destaca el artículo 21, que indica que el Programa General de Acción de Gobierno y el Plan de Inversiones son aprobados conjun-

101. La Dirección General de la Oficina de Gestión Pública y Presupuesto es el órgano rector de los Sistemas de Gestión Pública y del Sistema Presupuestario (arts. 11, 12, 39 y 40 de la Ley N° 70).

102. Son los siguientes: “a) Generar diagnósticos, memoria, programas y proyectos para la atención de aquellas cuestiones que sean de competencia de la Ciudad, según la propia Constitución y las leyes. b) Proveer la metodología e información necesaria para que las decisiones públicas se tomen siguiendo los principios de economía, eficacia y eficiencia. c) Ofrecer información confiable sobre el cumplimiento de los objetivos planteados por las políticas públicas. d) Permitir la evaluación y la coordinación de los programas y de las acciones públicas. e) Iniciar y actualizar en forma permanente el Inventario de Programas de Acción de Gobierno y el Inventario de Proyectos de Inversión Pública. f) Formular anualmente el Programa General de Acción de Gobierno y el Plan de Inversiones Públicas”.

tamente con la ley de presupuesto, lo que denota la relevancia de este y la necesidad de su debate y análisis en conjunto con los lineamientos aprobados en cada ley de presupuesto anual.

El deber de información se regula en los artículos 24 y 25.

En el Título III se norma lo atinente a la Administración Financiera. El artículo 26 expresa los objetivos de los Sistemas de Administración Financiera,¹⁰³ la cual estará integrada por los sistemas interrelacionados que se citan en su artículo 27: a) Sistema Presupuestario; b) Sistema de Crédito Público; c) Sistema de Tesorería; d) Sistema de Contabilidad; e) Sistema de Contrataciones; y f) Sistema de Administración de Bienes. Cada uno de estos sistemas está a cargo de un órgano rector, que dependerá directamente del órgano que ejerza la coordinación de todos ellos. En el mismo artículo se indica que el sistema presupuestario debe ser considerado como la base de la estructuración de los demás. La ley continúa indicando que las jurisdicciones y entidades contarán con un servicio administrativo financiero que tendrá a su cargo las tareas mencionadas en el artículo 28.¹⁰⁴

La diagramación presupuestaria importa, como contracara, el control de la ejecución que llevan a cabo los organismos administrativos (*lato sensu*) de las decisiones tomadas por el legislador al dar la ley anual de

103. Ellos son: “a) Garantizar la aplicación de los principios de regularidad financiera, legalidad, economía, eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de los recursos públicos. b) Sistematizar las operaciones de programación, gestión y evaluación de los recursos del Sector Público de la Ciudad de Buenos Aires. c) Desarrollar sistemas que proporcionen a los poderes del Estado de la Ciudad de Buenos Aires información oportuna y confiable sobre el comportamiento financiero del Sector Público útil para la dirección de las jurisdicciones y entidades y para evaluar la gestión de los/las responsables de cada una de las áreas administrativas. Los mismos deberán cumplir con lo establecido en los artículos 53, último párrafo y artículo 132, último párrafo de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires”.

104. La citada ley define los aspectos sustanciales de la Administración y Gestión a los que hace referencia el art. 54 de la Constitución de la CABA, que vuelca los lineamientos contemplados por los convencionales en oportunidad de debatir su incorporación: “en cuanto a la administración financiera y gestión, esta compone un sistema dentro del gobierno, en el cual intervienen todos los poderes, no sólo porque sin finanzas no hay gobierno, sino también porque el modo republicano y democrático así lo exige. Los recursos estatales son públicos y, en tal sentido, la discrecionalidad en el manejo de los fondos y de la información debe estar prohibida normativamente y, en la práctica, impedida por procedimientos y controles diversos”. Exposición de la convencional Carro en la reunión de sesión ordinaria del 6 de septiembre de 1996, *op. cit.*

presupuestos. Esta concepción implica la necesidad de adoptar sistemas de contralor para que la utilización de la administración financiera como herramienta de la gestión estatal sea eficiente y no permita distorsiones alejadas de las sanas intenciones contenidas en el texto constitucional.

Las funciones de control están llenadas de contenido en el artículo 54, en cuanto obliga a que el sistema presupuestario sea descentralizado y a que se brinde información sobre estos aspectos sensibles de la gestión pública. Por lo que resulta oportuno mencionar las expresiones de la Convencional Carro:

El desafío de las sociedades modernas es la superación de los sistemas de democracia representativa hacia la democracia participativa. Pero para gobernar es fundamental la información; entonces, si queremos que la gente participe en el proceso de gobierno debemos entregarle toda la información que sea posible y necesaria, bajo códigos modernos y momentos comunes. Esta posibilidad es real y, gracias al desarrollo tecnológico que permite la difusión masiva de las ideas, posibilita considerar y procesar un gran número de opiniones.¹⁰⁵

Para profundizar lo indicado al inicio de este punto, en lo relativo a la necesidad de que los sistemas de administración financiera y gestión de gobierno de la CABA tengan origen legal y de que sean únicos para los todos los poderes, cabe indicar que esta redacción representa una limitación para las facultades discrecionales de los Poderes constituidos. A nuestro juicio, esta norma refleja los criterios de legalidad asociados a la representatividad de los ciudadanos en nuestro sistema democrático, que ostenta las características de ser representativo, republicano y federal. Así lo ha expresado el propio TSJ al momento de considerar los alcances del Resolución N° 37/CMCABA/99:

El artículo 116, inc. 6 CCBA guarda coherencia con el sistema republicano consagrado en los artículos 1 y concordantes de la CCBA. Un análisis que tome en cuenta la división de poderes y las competencias que la CCBA distribuye entre distintos órganos permite concluir que es la Legislatura, y no el Consejo, quien aprueba el presupuesto del Poder Judicial. El artículo 80, inc. 12 dispone que la Legislatura sancione anualmente el Presupuesto de Gastos y Recursos. El Consejo eleva al Poder Ejecutivo, de conformidad con la Ley N° 70, el proyecto de

105. Exposición de la convencional Carro en la reunión de sesión ordinaria del 6 de septiembre de 1996, *op. cit.*

presupuesto del Poder Judicial, de igual manera procede el Tribunal Superior (artículo 114 CCBA) y es la Legislatura la que decide, como lo hace respecto de todos y cada uno de los presupuestos administrados por entes autárquicos o presupuestos administrados de manera “descentralizada”. La CCBA confiere al legislador atribuciones en asuntos de diferente índole –en materia tributaria, fiscal, de empleo, obra y servicios públicos, desarrollo económico, política industrial, comercialización y abastecimiento, defensa del usuario y consumidor–, todos ellos vinculados de manera estrecha al presupuesto y a las políticas económica y social. Asimismo, es la Legislatura la que verifica lo gastado y fiscaliza la inversión (cfr. artículo 80, inc. 13, CCBA); autoriza al Poder Ejecutivo a contraer obligaciones de crédito público externo o interno (artículo 80, inc. 14, CCBA); aprueba la ley de coparticipación federal, en lo que a la Ciudad corresponda (artículo 75, inc. 2 tercer párrafo, CN); establece y reglamenta el funcionamiento de los organismos que integran el “sistema financiero” de la Ciudad (artículo 80, inc. 18, CCBA); regula el otorgamiento de subsidios, según lo previsto en la ley de presupuesto (artículo 80, inc. 20, CCBA). La Legislatura aprueba acuerdos sobre la deuda de la Ciudad (artículo 81, inc. 6, CCBA) e impone y modifica tributos (artículo 81, inc. 9, CCBA). Todas estas funciones son indelegables (artículo 84, CCBA).¹⁰⁶

La norma propende así a resguardar un criterio de unicidad que permite tanto centralizar la administración de los poderes para su contralor, como así también descentralizar su ejecución presupuestaria en consonancia con la democracia participativa y la mayor transparencia y eficacia en la gestión. De allí que el resultado lógico de adoptar este sistema importe que la información financiera del gobierno sea integral, única, generada en tiempo oportuno y con publicación en los plazos que la ley determina. Ello permite brindar un mayor grado de certeza y participación no sólo a los organismos estatales, sino también al ciudadano, quien deberá contar con información fidedigna en un plazo y forma que no es discrecional. Se traduce así como corolario lógico de esta redacción que la norma prevé otorgar herramientas de participación ciudadana a los vecinos en algo tan relevante como lo

106. Ver “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Anganuzzi, Mario Lucio y otros c/ GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) Expte. N° 3926/05. TSJ del 28/09/2005”.

es la planificación y ejecución de los objetivos estatales mediante la obtención de recursos y la satisfacción del gasto.¹⁰⁷

Artículo 55

La Ciudad debe tener un sistema financiero establecido por ley cuya finalidad esencial es canalizar el ahorro público y privado, con una política crediticia que promueva el crecimiento del empleo, la equidad distributiva y la calidad de vida, priorizando la asistencia a la pequeña y mediana empresa y el crédito social.

El Banco de la Ciudad de Buenos Aires es banco oficial de la Ciudad, su agente financiero e instrumento de política crediticia, para lo cual tiene plena autonomía de gestión.

La conducción de los organismos que conformen el sistema financiero se integra a propuesta del Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura, que debe prestarse por mayoría absoluta.

EL SISTEMA FINANCIERO DE LA CABA Y SUS OBJETIVOS

A fin de mantener la coherencia que corresponde brindarle a un texto de jerarquía constitucional, los convencionales decidieron asentar el tipo de sistema financiero público que debe primar en el ámbito de la CABA, y optaron por realzar el rol del ahorro tanto público como privado, contando con una política crediticia que promueva el crecimiento del empleo, la calidad de vida, la equidad distributiva y la asistencia prioritaria a la pequeña y mediana empresa, junto con el crédito social. De esta forma se observan cuáles son los pilares de su sistema financiero, los que han de actuar en consonancia con los objetivos de las finanzas públicas –tal y como se expuso en oportunidad de estudiar los artículos 48 y 49–. No es mera coincidencia que el sistema financiero local se torne un instrumento para propender a alcanzar los fines de distribución y equidad que movilizan la actividad financiera del Estado. Se menciona que ha de priorizarse a las pymes y al crédito social, pues justamente uno de los deberes del Estado es promover y proteger estas estructuras.

107. Sin perjuicio de ello corresponde destacar que el deber de información asociado a la actividad financiera del Estado también encuentra su origen en las Leyes nacionales N° 25152 y N° 25917 (arts. 3, 6, 7 y 9) a la cual la Ciudad originalmente adhirió mediante la Ley N° 1726, a la que luego derogó por Ley N° 3297.

Es digno destacar que, una vez más, la norma constitucional limita las facultades discrecionales de los poderes constituidos sobre este aspecto y determina el origen legal del sistema, evitándose así distorsiones que afecten esta herramienta fundamental del Estado, puesto que su errática o arbitraria utilización podría generar no sólo el incumplimiento de los loables fines contenidos en la norma constitucional, sino también el empobrecimiento, el mal uso de los recursos y la afectación de derechos garantizados por la propia Constitución a los vecinos de la Ciudad.¹⁰⁸

108. Si se estudia la opinión de los constituyentes, pueden encontrarse las valoraciones que se realizaron al respecto del sistema financiero. Por ejemplo, la convencional Garré sostuvo que “se puede adoptar un diseño que prevea que el sistema financiero de la Ciudad permita consagrar y crear su propia administradora de fondos de jubilaciones y pensiones, su propia estructura de crédito de promoción, su propia estructura financiera de fomento del crédito hipotecario, y que todos ellos funcionen como un todo integrado a través de un sistema financiero multifacético que permita manejar, con la dinámica de los tiempos modernos, la futura administración del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. En definitiva, se trata de un texto concebido para permitir una amplitud de criterio que facilite el funcionamiento y la integración del sistema financiero. En cuanto a los aspectos sociales que el sistema financiero tiende a cubrir mediante el llamado crédito social, es dable señalar que el creador de esta doctrina es Wilfredo Pareto, quien introdujo en sus estudios el principio social. (...) Dicho autor considera que la autoridad debe comprender y apreciar adecuadamente esos elementos para actuar conforme a ellos, y que de esa manera se producirá una armonía y una recíproca comprensión entre la clase gobernante y la gobernada, pudiendo así satisfacer a todos la acción estatal. (...) De la misma forma, este sistema financiero debe privilegiar –y así se ha establecido– la asistencia a la pequeña y mediana empresa, a fin de dar mayor desarrollo a los emprendimientos productivos y de servicios y mejorar la creación de empleo y la calidad de vida. El sistema financiero como productor de servicios es una teoría que tuvo su origen en Alemania, a través de Lorenz von Stein, quien sin desconocer los pensamientos económicos clásicos, particularmente el inglés y el francés, concibe el fenómeno financiero como de producción de servicios públicos. En lo que atañe al mejoramiento del nivel de vida que intenta conseguir el sistema financiero creado, es dable recordar las enseñanzas de Angelopoulos, quien al comentar el sistema financiero se ocupa con claridad y amplitud del tema, y en tal sentido dice lo siguiente: ‘El Estado debe satisfacer en la mejor forma posible las necesidades sociales mediante servicios públicos, con las siguientes finalidades principales: orden y seguridad interior y exterior; higiene; seguro y asistencia social; instrucción general y profesional para todos; atención de ciertas necesidades colectivas de carácter esencial. Asimismo debe adoptar medidas que propendan al desarrollo económico del país, utilizando los recursos nacionales para asegurar la plena ocupación y el aumento de la renta nacional; y para ello: redactar un plan económico general, elaborar y ejecutar un plan de inversiones, crear nuevas empresas públicas de interés general, favorecer y controlar la actividad económica privada’”. Exposición del 64 convencional Garré en la reunión de sesión ordinaria del 27 de septiembre de 1996. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960927/960927.htm#AutorizaciónOperacionesCrédito

Al igual que ocurre con las Finanzas Públicas, el sistema financiero al que se refiere el artículo 55 –entendido este como el que regula lo atinente al sistema bancario público de la CABA, y a su función crediticia hacia la sociedad– no ha de regirse estrictamente por motivaciones económicas (como lo suele hacer el sistema financiero privado, la banca privada), sino que ha de conducirse buscando cubrir, instrumentalmente, la satisfacción de los objetivos trazados por el Estado, que deben direccionarse a la satisfacción de las necesidades públicas.

Por ende, su eficacia se basará en el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas de gobierno, con una juiciosa relación entre los ingresos obtenidos y los gastos efectuados. Es decir, en la evaluación de si se han conseguido o no los objetivos económicos, sociales, sectoriales, etc., políticamente trazados. Y no meramente por una valoración de un exclusivo resultado económico.

LA REGULACIÓN DEL SISTEMA CREDITICIO PÚBLICO

Con la perspectiva indicada en el punto precedente, el crédito se considera no sólo como un instrumento para la obtención de recursos, sino también como un medio organizado para alcanzar los fines sociales contemplados en el sistema financiero.

No está de más destacar que lo relativo al crédito público, entendido este como ingreso público del Estado se halla regulado por la Ley N° 70, instituto que es diverso del aquí tratado, que es la regulación del acceso al crédito para las personas privadas mediante la banca pública o con injerencia estatal. Es decir, se trata de la política crediticia, entendida como el conjunto de medidas que tienen como objetivo y/o consecuencia una variación en la cuantía de recursos disponibles para el crédito y en las condiciones para la disposición de este.

EL BANCO CIUDAD DE BUENOS AIRES

El papel constitucional del Banco Ciudad

El Banco de la Ciudad de Buenos Aires (BCBA en adelante) cumple un papel importante en lo atinente al crédito público y al sistema financiero.

En lo relativo al crédito público (ingreso público), el BCBA actúa como agente financiero de la CABA (artículo 83, Ley N° 70), e implica que tanto puede gestionar la deuda de la Ciudad (v. gr. actuando como colocador de títulos en la intermediación entre los acreedores o prestamistas y el Estado), o bien transformarse en acreedor del Estado al poner fondos a disposición de este, los que deberían serle oportunamente reintegrados.

Pero, en lo fundamental, como banco público que es, ha de cumplir con las funciones que le fija la norma constitucional bajo estudio, como instrumento fundamental para actuar en la política crediticia hacia terceros.

La existencia del BCBA se remonta a 1878, y la intención de los convencionales fue justamente la de preservar su continuidad y ampliar el sistema dando a la Legislatura la posibilidad de que lo integrase con otras instituciones financieras.

Breve reseña histórica del Banco Ciudad

El BCBA se inauguró con el nombre de Monte de Piedad el 23 de mayo de 1878, cuando la Ciudad de Buenos Aires aún no había sido federalizada y, aunque la Ley N° 1129 de su creación se promulgó el 15 de octubre de 1877, recién un año después comenzó a funcionar, en la órbita de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

Su origen radicó en la misión de combatir la usura mediante préstamos de dinero sobre objetos diversos a un interés menor que el de plaza, orientado a actuar sobre las diferencias sociales. Así, se estableció como fin del banco, según consta en el Libro de actas del Consejo de Administración correspondiente a la reunión del 10 de junio de 1878, “servir a la clase proletaria, que es precisamente la que más necesita aprovechar de los beneficios de esta institución”. Su claro objetivo era proveer crédito barato y actuar como regulador estatal del mercado financiero. Misión que, tal como se aprecia en el actual texto constitucional, se ha mantenido.

La institución cambió su denominación varias veces con el tiempo, a la par que fueron ampliándose sus funciones. Así, se lo facultó para otorgar préstamos sobre jubilaciones, pensiones, y/o sueldos abonados por reparticiones nacionales, provinciales o de la municipalidad, también títulos de la deuda pública nacional o provincial; sobre cédulas hipotecarias o acciones cotizables en la Bolsa de Comercio; sobre

mercaderías depositadas en las aduanas o depósitos fiscales; y también para recoger depósitos del público en caja de ahorros.

Junto con esta ampliación de facultades se extendió su presencia dentro de una estrategia orientada al crecimiento de la ciudad a la que servía y a atender sus necesidades. La incorporación de sucursales le permitió ampliar sus servicios y hacerlos más accesibles al público.

Con el correr de los años, el BCBA no fue ajeno a las corrientes de integración social de las clases urbanas, lo que se tradujo en una nueva demanda de créditos provenientes de los nuevos asalariados, profesionales y comerciantes que surgían producto de esta integración, lo que da cuenta de la orientación social de su política crediticia. En otras palabras, el crédito social al que hace referencia la letra de este artículo 55. Así, el BCBA mantuvo el crédito social por medio del empeño hasta 1968, año en el que se concretó una suerte de *apertura comercial*, a raíz de que pudo disponer de los fondos conseguidos mediante los depósitos judiciales, es decir las sumas de dinero que disponían los tribunales con asiento en la Capital Federal (v. gr. fondos depositados en consignación; sumas embargadas y secuestradas; otros depósitos ordenados por los juzgados; etc.), es decir, pudo contar con una masa de dinero segura y fluctuante que le permitía ampliar su funcionamiento. Junto con ello se dio su consolidación como el agente financiero de la Ciudad con mayor importancia a nivel de todo el país. Sobre estos ejes, y frente a los vaivenes económicos de las últimas décadas, se inició desde finales de década de 1990 (coincidente con la sanción de su Constitución) un proceso de estabilización patrimonial, informatización y asistencia al sector privado más necesitado de servicios bancarios en la ciudad. Esta adecuación demuestra una vez más la estricta relación existente entre el BCBA y el rol social que le dio origen y que se ha convertido en su razón de ser.

De esta forma puede advertirse que el texto de la Constitución acompañó la esencia y naturaleza histórica del BCBA.¹⁰⁹

109. Para resumir su relevancia pueden citarse las palabras de la convencional Garré: “En lo que respecta específicamente al Banco de la Ciudad de Buenos Aires, es el banco oficial de la ciudad, su agente financiero y también su instrumento de política crediticia, para lo cual se ha estimado conveniente dotarlo de plena autonomía en cuanto a la gestión que habrá de llevar a cabo”. Exposición de la convencional Garré en la reunión de sesión ordinaria del 27 de septiembre de 1996, *op. cit.*

La carta orgánica del Banco Ciudad

La carta orgánica del BCBA es, actualmente, la Ley N° 1779 del 8 de septiembre de 2005.¹¹⁰ Regula la actividad del BCBA en seis capítulos que se ocupan, respectivamente, de su personalidad, domicilio y objeto; de las operaciones y actividades; del origen y aplicación de sus recursos; de la administración y fiscalización de su giro; de la competitividad de los recursos humanos; y de las cuentas y utilidades.

Entre sus características primordiales cabe resaltar que es una es una persona jurídica, pública y autárquica, con plena autonomía de gestión, presupuestaria y administrativa y, por mandato constitucional, banco oficial de la CABA, su agente financiero e instrumento de política crediticia, destinada prioritariamente a promover el crecimiento del empleo, la equidad distributiva y la calidad de vida, privilegiando la asistencia a la pequeña y mediana empresa y el crédito social (cfr. artículo 1 de dicha ley).

Dentro de su objetivo de intermediar recursos a efectos de aplicarlos a la satisfacción de las demandas de financiamiento de empresas e individuos y de prestar servicios bancarios preferentemente a clientes y vecinos de la CABA –como así también de toda otra localidad y/o región–, se fijan ciertas preferencias, tales como la asistencia financiera destinada a las micro, pequeñas y medianas empresas radicadas en el Área Metropolitana Buenos Aires, así como a los vecinos afincados en ella, apuntando al crecimiento del empleo y, en su caso, del producto bruto geográfico del Área Metropolitana Buenos Aires; la promoción de la exportación de bienes y servicios producidos en el Área Metropolitana Buenos Aires; facilitar la centralización de los recursos financieros del Gobierno de la CABA y realizar la gestión de sus recursos y gastos; propender a facilitar el ingreso al crédito personal y familiar, y fomentar la adquisición, construcción y refacción de viviendas por intermedio del crédito hipotecario (cfr. artículo 3 de la ley).

De acuerdo con su artículo 4, la CABA es responsable por las operaciones que realice el Banco. Y, según su artículo 5, los fondos que corresponden a todos los Poderes, dependencias y reparticiones autárquicas de la CABA deben ser depositados en el BCBA, al igual que las sumas de dinero o valores entregados en garantía a favor de ellos. Lo que lo dota de recursos que exceden el empeño, tal como se daba en sus orígenes.

110. Con las modificaciones introducidas por las Leyes N° 2625 y N° 4038.

En lo que respecta a su carácter de agente financiero del Gobierno de la CABA, el BCBA interviene en su representación, cuando así se lo requiera, en las operaciones de crédito y demás gestiones financieras que realice, pudiendo organizar y formar parte de consorcios o agrupaciones de bancos que coloquen o contraten empréstitos, préstamos sindicados, bonos o títulos de deuda en el país o en el exterior (cfr. artículo 6).

También tiene asignado el rol de recaudador de los tributos y demás acreencias del Gobierno de la CABA, actuando asimismo como agente pagador de títulos, haberes, deudas con proveedores y demás obligaciones del mismo, con arreglo a los convenios que en cada caso formalicen entre ambos (artículo 7).

Con relación a las líneas de créditos a las que hace mención el texto constitucional, el artículo 8 menciona que el BCBA puede operar con tasas y plazos preferenciales, con recursos propios o los que le fueran asignados por la ley de presupuesto o por leyes especiales de la CABA, destinadas al fomento de actividades económicas, científicas y culturales, deportivas y de bien común que se desarrollen en el ámbito de la CABA, asignando los recursos en función de su importancia, su capacidad de impacto social, su potencialidad para generar acciones análogas y capacidad de repago del crédito otorgado.

Sin perjuicio de la autarquía indicada, su artículo 10 establece que se halla sometido a las normas de entidades financieras y a las disposiciones del Banco Central de la República Argentina.

En el Título II se establecen sus funciones de entidad pignoraticia y su actividad de depositaria judicial para la Justicia de la CABA.¹¹¹

111. La Ley N° 16869 (1966) estableció que los depósitos judiciales de los tribunales nacionales con asiento en la Capital Federal debían realizarse en el Banco Municipal de la Ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, la Ley N° 26764 (2012) la derogó y ordenó que los depósitos judiciales de los tribunales nacionales y federales de todo el país se realicen en el Banco de la Nación Argentina (art. 1). Esta segunda ley originó arduas discusiones, y varios planteamientos judiciales (v. gr. acerca de la suerte de los depósitos judiciales ya existentes al momento de su sanción).

Capítulo Decimoctavo
Función Pública

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 56 Y 57 EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD

Por Juan Gustavo Corvalán

Artículo 56

Los funcionarios de la administración pública de la Ciudad, de sus entes autárquicos y descentralizados, son responsables por los daños que ocasionan y por los actos u omisiones en que incurrieran excediéndose en sus facultades legales. Deben presentar una declaración jurada de bienes al momento de asumir el cargo y al tiempo de cesar.

INTRODUCCIÓN

El artículo en comentario ha sido concebido como una cláusula anticorrupción. Ello surge de los debates parlamentarios de los convencionales constituyentes.

En este sentido, uno de los miembros de la Comisión de Redacción y Normas de Gobernabilidad para la Transición señaló que, en este artículo, se focalizó el trabajo en generar instituciones que brindasen transparencia y confianza a los vecinos de la Ciudad de Buenos Aires acerca del manejo de la cosa pública.¹

Ahora bien, el texto normativo constitucional nos permite identificar dos cuestiones concretas. Por un lado, fija una regla general de responsabilidad de los funcionarios públicos; por otra parte, establece la obligación de presentar declaraciones juradas al momento de asumir cargo y de cesar en la función pública.

La primera de las disposiciones prevé la responsabilidad de los funcionarios de la Administración Pública, sus entes autárquicos y descen-

1. Debate disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960927/960927.htm#ResponsabilidadFuncionariosPúblicos

tralizados por los daños que ocasionaran y por los actos u omisiones en que incurrieran excediéndose de su competencia legalmente atribuida.

Esta primera parte nos permite identificar, a su vez, dos supuestos de aplicación claramente diferenciados:

1. El caso de responsabilidad por los daños que se produzcan por la actividad del funcionario derivados del ejercicio de su competencia.
2. El caso de responsabilidad por actos u omisiones en exceso de su competencia legalmente atribuida.

Es por este motivo que la norma es otro de los institutos novedosos de la Constitución local, que no tiene precedente ni en la Constitución Nacional ni en las constituciones provinciales, ya que comprende un supuesto de responsabilidad personal del funcionario por el ejercicio de su actividad regular (competencia).

Ahora bien, si repasamos la cuestión a nivel nacional, advertimos que ese tipo de responsabilidad nunca fue consagrada para el agente, quien sólo responde por su actividad ilícita. Veamos ahora, muy sintéticamente, la evolución a nivel nacional de esta problemática.

En el ámbito del Derecho Público nacional, la responsabilidad del Estado puede derivar tanto de la actividad lícita o legítima como de actividad ilícita, y es posible distinguir a su vez, dentro de cada esfera de actuación, la responsabilidad de origen contractual como extracontractual. Asimismo, la responsabilidad del Estado, a partir del caso “Vadell” de la Corte Suprema de Justicia, es de tipo directa y objetiva.²

En cambio, la responsabilidad (civil) personal del funcionario o agente siempre se encontró regulada en el caso de “actividad irregular”. Incluso, antes de la sanción de la Ley N° 26944, se encontraba prevista en el artículo 1112 del Código Civil de la Nación.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la responsabilidad del Estado –no así del funcionario o agente– por actividad regular desde antaño, si bien en casos excepcionales sobre la base de la teoría del “sacrificio especial”. Así, el daño causado por actividad regular³ debe indemnizarse si constituye

2. Comadira, Julio; Escola, Jorge y Comadira, Juan P., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, T. II, pp. 1514-1515.

3. Nos referimos a aquellos casos donde la indemnización no se encuentra “tasada” de antemano, como por ejemplo sucede en los casos de expropiación, o bien o en el

una afectación irrazonable de la propiedad por imponer un *sacrificio superior al exigible igualmente a raíz de la vida en comunidad*.⁴

Con la sanción de la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado la cuestión varió, ya que la norma dispone expresamente una regla para todos los casos: el Estado responde –excepcionalmente– por los daños derivados por su actividad legítima,⁵ debiendo acreditarse los requisitos que dicha ley establece.⁶ Pero mantuvo la responsabilidad del funcionario, en el caso de que se produzcan daños en virtud de su actividad irregular y siempre que medie un factor de atribución subjetivo (dolo o culpa).⁷

En suma, a nivel nacional la responsabilidad del agente está establecida sólo para el caso de actividad irregular y, por ende, se excluye –a *contrario sensu*– responsabilidad por actividad legítima,⁸ al igual que lo hacía el viejo Código Civil.

En este contexto, entendemos que la disposición de la Constitución local es realmente novedosa. Por ello aún no se registran en la jurisprudencia casos donde se haya declarado este tipo de responsabilidad.

supuesto previsto por el art. 18 de la Ley N° 19549.

4. Perrino, Pablo, “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos”, *Código Civil y Comercial Comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 138; Comadira, Julio; Escola, Jorge y Comadira, Juan P., *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 1524 y 1525. No obstante, señalan los autores que el reconocimiento de tal responsabilidad en el criterio de la Corte no garantiza la obtención de ventajas económicas conjeturales ni la neutralización de la actividad del Estado en la prosecución de sus fines esenciales, conforme a la doctrina de los casos “Manzi”, “Toll” y “Columbia”.

5. Sin embargo, tampoco debe perderse de vista que la ley –en este punto– no hace más que plasmar los requisitos cuya concurrencia venía exigiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la materia (cfr. Aberastury, Pedro, *La nueva ley de responsabilidad del Estado -26944-*, p. 9, disponible en: <http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/La-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-Limpio.pdf>).

6. Cfr. arts. 4 y 5, Ley N° 26944. Específicamente exige cinco requisitos acumulativos para que el Estado responda por su actuación legítima: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.

7. Ver art. 9 de la Ley N° 26944.

8. Cfr. art. 9, Ley N° 26944. Además, nótese que la norma establece que en este caso exige dolo o culpa del agente, es decir, requiere un factor subjetivo de atribución de responsabilidad.

Entendemos que lo dicho sirve para introducir la problemática que presenta el artículo y para justificar el motivo por el que resulta importante determinar qué alcance pretendió darle el convencional constituyente a dicha disposición.

La otra parte del artículo también nos plantea cuestiones interesantes. Por un lado, dicha disposición se encuentra en consonancia con los compromisos internacionales asumidos por Argentina en el sistema supranacional, en torno a reprimir y sancionar la corrupción; en particular con lo estipulado en la Convención Interamericana contra la Corrupción.⁹ Y, por el otro, regula la prueba principal del delito de enriquecimiento ilícito, reprimido en el artículo 268 (2) del Código Penal, cuya constitucionalidad aparece severamente cuestionada por cierto sector de la doctrina penal.¹⁰

Realizada esta breve introducción a la problemática que plantea el artículo, analizaremos seguidamente: por un lado, el alcance de la responsabilidad de los funcionarios públicos a título personal; y por el otro, la obligación de presentar declaraciones juradas, su regulación infraconstitucional e implicancias.

LA PRIMERA PARTE DEL ARTÍCULO: LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

En este apartado entendemos necesario abordar las siguientes cuestiones que, a nuestro juicio, constituyen los puntos cruciales para tener una adecuada comprensión de esta primera parte de la norma constitucional.

Primero: ¿Qué decía el texto original del artículo? y ¿cuáles fueron los ejes de discusión sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos?; segundo: lo que regula el artículo, más allá de lo querido por el legislador.

9. La que fue ratificada por la República Argentina mediante la Ley N° 24579.

10. Ver, en este sentido, Sancinetti, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (art. 268, 2, C.P.)*, Buenos Aires, Ad Hoc, 3^{ra} Edición actualizada y ampliada, 2015.

El texto original del artículo

La redacción original del artículo 56 rezaba:

Los funcionarios de la administración pública de la Ciudad, de sus entes autárquicos y descentralizados, son responsables por los daños que ocasionan, por los actos u omisiones en que incurrieran excediéndose en sus facultades legales.¹¹

Como se observa, el texto preveía sólo el supuesto de responsabilidad del funcionario público en el caso de actuación ilegítima, es decir, cuando se producían daños a terceros producto de la omisión en sus funciones o bien en exceso de estas.

Sin embargo, en el debate parlamentario la discusión giró en torno a consagrar una responsabilidad lo más amplia posible y que comprendiera todos los órdenes de relaciones que pueda tener ese funcionario desempeñando su cargo. Además, los convencionales constituyentes buscaron incluir no sólo a los funcionarios electos mediante el voto popular, sino a todo tipo de funcionarios públicos.

En este sentido, el convencional Ginzburg entendió que la idea del artículo fue abarcar los diferentes tipos de responsabilidad posibles, a saber:

1. Una responsabilidad política, que no es extensiva a todos los funcionarios y que sólo puede tener por efecto principal la remoción por mal desempeño o por delito cometido en ejercicio de la función pública y, como accesoria, la inhabilitación para ocupar nuevamente el cargo del cual ha sido privado el funcionario u otro cualquiera, como es el caso del juicio político.
2. Una responsabilidad administrativa, que se refiere tan solo a las consecuencias a que está sujeto un funcionario autor de un delito criminal.
3. Por último, una responsabilidad civil que implica una reparación pecuniaria, ya sea hacia el simple particular cuyos dere-

11. La versión taquigráfica de la discusión se encuentra disponible en: http://www.in-foleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960927/960927.htm#ResponsabilidadFuncionariosPúblicos

chos e intereses han sido lesionados o hacia el Estado, cuyos dineros han sido dilapidados o sustraídos.¹²

No obstante, no faltó quien señalara que la disposición sólo podría referirse a la actuación irregular del funcionario.

En este sentido, el convencional Barreiro sostuvo:

Si uno analiza los artículos veremos que determinan que los funcionarios *son responsables por los daños que ocasionen con relación a facultades excedidas*. Es muy claro cuál es la intención. Luego alude a los bienes patrimoniales y la cuestión se vincula directamente con la posibilidad de corrupción a partir de poder comparar su estado patrimonial cuando ingresa y cuando sale de la función pública...¹³ [el destacado me pertenece].

La modificación sería introducida por la convencional Ginzburg y, aun cuando la diferencia pueda parecer mínima, el agregado de la “y” en este caso es muy relevante dado que divide los supuestos en dos: a) los funcionarios son responsables de los daños que ocasionan; y b) por los actos u omisiones en que incurrieran excediéndose en sus facultades legales.

Quiénes quedan comprendidos y qué tipo de responsabilidad implica la regla del artículo 56 de la Constitución de la Ciudad

Como hemos señalado en la introducción, dicho artículo comprende tanto los supuestos de actividad ilegítima como legítima de funcionarios públicos, si de esa actividad se siguen consecuencias lesivas hacia el Estado local o los administrados.

Ahora bien, ¿qué funcionarios quedan comprendidos dentro de las disposiciones del artículo? Y por otro lado, ¿qué tipo de responsabilidad se prevé?

La respuesta al primer interrogante la encontramos en la Ley de Ética Pública (Ley N° 4895).¹⁴ En lo que aquí interesa, dicha ley define

12. Versión taquigráfica del debate de la Convención Constituyente, pp. 3-20, disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960927/960927.htm#ResponsabilidadFuncionariosPúblicos.

13. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960927/960927.htm#ResponsabilidadFuncionariosPúblicos.

14. Dicha ley fue sancionada recién en 2013, es decir, 17 años después de sancionada la Constitución.

el concepto de función pública y funcionario público (artículos 2 y 3 de la Ley N° 4895, respectivamente).

Así, dentro del concepto de “funcionario público” –y en el mismo sentido que lo expresado en la Convención Constituyente– quedan comprendidas todas las personas que se desempeñan en la Administración Pública, incluidos todos los niveles y jerarquías.¹⁵

En cambio, la respuesta al segundo interrogante es más compleja. En primer lugar, es claro que el convencional constituyente tenía en miras una noción de responsabilidad que abarcara todos los órdenes posibles: administrativa sancionatoria, penal y civil.

Ahora bien, en lo que respecta a la responsabilidad penal, es claro que sólo su actividad ilegítima dolosa puede dar lugar a la comisión de algunos de los tipos que reprimen la conducta de los funcionarios públicos,¹⁶ y sólo excepcionalmente se encuentra reprimida penalmente la negligencia en la actuación del funcionario público (v. gr., en el artículo 262 del Código Penal).

En lo que respecta a la responsabilidad civil, es claro que hace responsable al funcionario de los daños que produzca su actuación tanto en el caso de actividad regular como irregular. No obstante, nos parece un exceso que el funcionario deba responder (personalmente) por el ejercicio regular de una competencia atribuida por una norma.

En efecto, en estos supuestos estaría cumpliendo con una obligación, por lo que su actuación resultaría tanto obligatoria para él como autorizada por una norma. Esto, en nuestro criterio, excluye todo factor de atribución subjetivo (sea este dolo o culpa) y, por tanto, excluye toda responsabilidad civil del funcionario.

Pero, además, entendemos que lo único que el Derecho le puede exigir legítimamente al funcionario es que cumpla con lo que establecen las normas.¹⁷ Nótese, en este sentido, que tampoco el funcionario

15. Ley N° 4895: “Artículo 3.- Funcionario público. Es funcionario público toda persona que se desempeñe en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, comprendiéndose a todos los magistrados legisladores, funcionarios y empleados del Gobierno de la Ciudad”.

16. Ver arts. 237 a 281 bis del Código Penal.

17. El Decreto N° 1510/1997, en su art. 2, establece: “Competencia del órgano. La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aries, de las leyes y de los reglamentos dictados en

se podría excusar de cumplir con las normas a su cargo, porque ello lo dejaría incurso, *prima facie*, en el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público.¹⁸

Así, coincidimos con Aberastury cuando sostiene –analizando la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado– que

[E]n la responsabilidad por una actividad legítima del Estado, el daño que se infringe al particular, producido por un acto y/o ley, formal o material, por definición no puede encontrarse comprendida en una conducta culposa o dolosa por lo que al funcionario no le alcanza la responsabilidad por el daño ocasionado. El resarcimiento sólo podrá serle atribuido al Estado.¹⁹

En lo que respecta a la actividad irregular del funcionario entendemos –junto con Gordillo– que es decisivo que el funcionario público que perjudica a los administrados, sufra las consecuencias del hecho dañoso, aun cuando pocas veces se haga efectiva.²⁰

Ello así pues, como bien señala Perrino –con cita de Hauriou–, detrás de la responsabilidad de los funcionarios existe una cuestión de garantía de libertad; si desde un punto de vista administrativo puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la Administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad

su consecuencia. Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieran expresamente autorizadas; la avocación será precedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario o cuando el órgano inferior se halle investido de una especial competencia técnica”.

18. Por ejemplo, en los delitos reprimidos en los arts. 248 y 249 del Código Penal.

19. Cfr. Aberastury, Pedro, La nueva Ley de Responsabilidad del Estado 26.944, p. 9, disponible en: <http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/La-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-Limpio.pdf>. En el mismo sentido, Galli Basualdo sostiene que, de ocasionarse un perjuicio a un tercero o al Estado sobre la base del ejercicio regular de las funciones públicas de parte de un agente, este no resulta responsable a tenor de lo dispuesto por los arts. 1071, 1109 y 1112 del Código Civil (cfr. Galli Basualdo, La falta de servicio y la falta personal, EDA, 2008-653, con cita de Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, T. III-B, p. 391).

20. Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1977, T. II, p. 675.

pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios.²¹

Por último, en lo que respecta a la responsabilidad administrativa –y respecto de los funcionarios sujetos a régimen disciplinario– entendemos –al igual que la responsabilidad civil– que sólo puede referirse a la actividad irregular. Ello así porque aun cuando se produzcan daños de su actividad regular, esta le resulta de ejecución obligatoria por el ordenamiento jurídico y, por ende, no podría serle reprochable al funcionario su ejecución.

LA SEGUNDA PARTE DEL ARTÍCULO: LA OBLIGACIÓN DE PRESENTAR DECLARACIONES JURADAS PATRIMONIALES

El régimen general de presentación de declaraciones juradas patrimoniales que torna efectiva la disposición constitucional se encuentra previsto en los artículos 15 a 22 de la Ley N° 4895.²²

Ya hemos visto que la definición de “funcionario público” adoptada en la Ley N° 4895 es amplia y comprende incluso a los empleados públicos. Sin embargo, los sujetos alcanzados por este régimen son sólo los enunciados en el artículo 6 de la ley.²³

21. Perrino, Pablo E., *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 Comentada*. La Ley, Buenos Aires, 2015.

22. Cfr., artículo 15 de la Ley N° 4895.

23. Así, deben presentar declaraciones juradas sólo los siguientes funcionarios (cfr., art. 6, Ley N° 4895): a) El Jefe o Jefa y Vicejefe o Vicejefa de Gobierno, los Ministros, Secretarios, Subsecretarios, Directores Generales o equivalentes del Poder Ejecutivo y los titulares de los entes descentralizados; b) Los diputados y las diputadas de la Ciudad, Secretarios y Secretarías, Subsecretarios y Subsecretarías, y Directores Generales de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires; c) Los miembros del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Magistratura, el Fiscal General, el Defensor General, el Asesor General de Incapaces, los Camaristas, Jueces, Fiscales y Defensores; y los adjuntos, Secretarios y Prosecretarios de todos los organismos mencionados o cargos equivalentes; d) Los miembros de las Juntas Comunales; e) El Síndico General, el Procurador General y sus adjuntos, los Directores Generales de la Procuración, los miembros de la Auditoría General de la Ciudad, el Defensor del Pueblo y sus adjuntos, como así también el personal con categoría no inferior a director o equivalente del personal de dichos organismos; f) Los Directores, el Síndico, el Gerente General y Subgerente General del Banco de la Ciudad de Buenos Aires; g) Toda persona que integre comisiones de evaluación de ofertas o de adjudicación en licitaciones públicas o privadas de compra o contratación de bienes o servicios en que intervenga la Ciudad;

De este modo, no todos los comprendidos en el concepto de “funcionario” tienen la obligación de presentar la declaración jurada patrimonial.

En lo que respecta al plazo para la presentación de la declaración jurada, al momento de asumir el cargo, los funcionarios enunciados en el artículo 6 de la Ley de Ética Pública tienen un plazo de sesenta días hábiles para presentarla, sin importar la duración de sus funciones.²⁴

Asimismo, deberán actualizar anualmente la información contenida en dicha declaración jurada al 31 de diciembre de cada año anterior y antes del 1° de julio de cada año en curso, y presentar una última declaración, dentro de los sesenta días hábiles desde la fecha de cesación en el cargo.²⁵

En cuanto al contenido, la declaración jurada patrimonial debe contener una nómina detallada de todos los bienes, créditos, deudas e ingresos, tanto en el país como en el extranjero, propios y gananciales del declarante, de su cónyuge o conviviente, y de sus hijos menores no emancipados.²⁶

h) Las personas que integren los organismos de control, con categoría no inferior a la de Director General; i) Los directivos, síndicos e integrantes de los directorios de los organismos descentralizados, entidades autárquicas, organismos de seguridad social, las empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones donde el Estado de la Ciudad tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias; y j) El Jefe de la Policía Metropolitana y los funcionarios policiales con rango superior a comisionado.

24. Cfr. artículo 15, Ley N° 4895.

25. Ídem.

26. En lo que respecta al contenido en el art. 16 de la Ley N° 4895, establece que la declaración debe tener un especial detalle de: a) bienes inmuebles y las mejoras que se hayan realizado sobre ellos; b) bienes muebles registrables; c) otros bienes muebles que tengan un valor individual superior a diez mil unidades fijas de compra o que determinados en su conjunto superen las cuarenta mil unidades fijas de compra. En ambos casos se trata de unidades fijas de compra conforme Ley N° 2095; d) los mismos bienes indicados en los incisos a) y b), de los que no siendo titulares de dominio o propietarios los obligados, tengan la posesión, tenencia, uso, goce, usufructo por cualquier título, motivo o causa. En este caso deberán detallarse datos personales completos de los titulares de dominio o propietarios; título, motivo o causa por el que se poseen, usan, gozan o usufructúan los bienes; tiempo, plazo o período de uso; si se ostentan a título gratuito u oneroso y cualquier otra circunstancia conducente a esclarecer la relación de los obligados con los bienes; e) Capital invertido en títulos de crédito, acciones y demás valores cotizables o no en bolsa, o en explotaciones perso-

Nótese que esta declaración jurada –tanto del funcionario como de su grupo familiar– permitirá evidenciar si este aumenta sus ingresos –e incluso si desvía fondos a su patrimonio o al de los terceros comprendidos en las normas– y cómo evoluciona su patrimonio en el ejercicio de la función pública. Asimismo, ya que las declaraciones juradas son integrales, representan un panorama acabado de todos los ingresos del declarante, y por este motivo constituyen una prueba crucial en relación al delito reprimido en el artículo 268 (2) del Código Penal (enriquecimiento ilícito de funcionario público).

En otro orden de cosas, en el caso de funcionarios cuyo acceso a la función pública no sea un resultado directo del voto popular, el artículo 17 de la Ley N° 4895 establece que deben, además, presentar una declaración jurada de antecedentes laborales y profesionales, donde consten sus antecedentes de los últimos dos años, sean o no rentados, incluyendo los que realizare al momento de su designación. Dicha disposición tiene por finalidad facilitar un mejor control de los posibles conflictos de intereses que puedan plantearse con relación al funcionario y sus funciones públicas.

En lo respecta a la publicidad, las declaraciones juradas deben ser publicadas en el Boletín Oficial de la Ciudad y en el sitio web del Gobierno de la Ciudad, donde deben indicarse los funcionarios cuyas declaraciones resulten de presentación pendiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Ética Pública.

Asimismo, el artículo 19 de la mentada ley dispone que las declaraciones juradas son públicas y que su contenido puede ser consultado

nales o societarias; f) Monto de los depósitos en bancos u otras entidades financieras, de ahorro, de inversión y provisionales, nacionales o extranjeras, con indicación del país de radicación de las cuentas, tenencias de dinero en efectivo en moneda nacional o extranjera; g) Créditos y deudas hipotecarias, prendarias o comunes; h) Ingresos derivados del trabajo en relación de dependencia o del ejercicio de actividades independientes o profesionales; i) Ingresos derivados de rentas o de sistemas previsionales; j) Importe total anual de los ingresos, de cualquier tipo, que se verificaron durante el año que se declara; k) Monto de los bienes o fondos involucrados en los fideicomisos de los que participe como fideicomitente o fideicomisario o beneficiario; l) Cualquier otro tipo de ingreso anual, especificando su origen. Asimismo, en el caso de los incisos a), b), c), d) y e) deberá consignarse además el valor y la fecha de adquisición, y el origen de los fondos aplicados a cada adquisición. La valuación se realizará conforme lo establecido por el Título VI “Impuesto sobre Bienes Personales” de la Ley N° 23966 (Texto Ordenado por el Anexo I del Decreto N° 281/97) y modificatorias o normativa que en el futuro la reemplace.

por cualquier persona con la sola condición de su identificación, conforme a lo dispuesto por la Ley N° 104 de Acceso a la Información.²⁷

Ahora bien, también existe información clasificada como confidencial que sólo puede ser revelada en el marco de una causa judicial. En concreto, dicha información comprende: a) el nombre del banco o entidad financiera en que existiere depósito de dinero del funcionario; b) los números de las cuentas corrientes, cajas de ahorro, cajas de seguridad y tarjetas de crédito, que indican la entidad emisora y sus extensiones en el país y el exterior; c) la ubicación detallada de los bienes inmuebles del funcionario; d) los datos de individualización o matrícula de los bienes muebles registrables de propiedad del funcionario; e) los datos de individualización de aquellos bienes no registrables cuyo valor de adquisición o compra sea igual o superior a la suma prevista; f) la individualización, con inclusión del nombre y apellido, tipo y número de Documento Nacional de Identidad, razón social y CUIT/CUIL/CDI de aquellas sociedades –regulares o irregulares–, fundaciones, asociaciones, explotaciones, fondos comunes de inversión, fideicomisos u otros, en las que se declare cualquier tipo de participación o inversión, acciones o cuotas partes y/o se hayan obtenido ingresos durante el año que se declara; g) los datos de individualización, con inclusión del nombre y apellido, tipo y número de Documento Nacional de Identidad, razón social y CUIT/CUIL/CDI de los titulares de los créditos y deudas que se declaren e importes atribuibles a cada uno de ellos; y h) cualquier otro dato confidencial que así fuera identificado por el resto de la normativa aplicable.²⁸

En lo que respecta al incumplimiento en la presentación de las declaraciones juradas, sin causa que lo justifique, son consideradas “falta grave” conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley N° 4895.

27. No obstante el artículo establece algunas limitaciones adicionales a lo que puede hacerse con la información. Así, la información brindada se limitará a la enunciación y enumeración de los bienes que componen el patrimonio declarado y exceptuará en todos los casos la enunciada en el artículo 21 de la Ley N° 4895. Asimismo, la persona que acceda a una declaración jurada mediante el procedimiento previsto en esta ley, no podrá utilizarla para: a) Cualquier propósito comercial, exceptuando a los medios de comunicación y noticias para la difusión al público en general; b) Determinar o establecer la clasificación crediticia de cualquier individuo; c) Efectuar en forma directa o indirecta una solicitud de dinero con fines políticos, benéficos o de otra índole (ver art. 19 de la Ley N° 4895).

28. Ver art. 20, Ley N° 4895.

No obstante, para su configuración debe intimarse al funcionario en forma fehaciente y emplazarlo por un plazo de diez días hábiles a su presentación, contados a partir de la notificación.²⁹

Por último, debe recordarse que no cumplir con lo dispuesto en la Ley de Ética Pública puede dar lugar a la sanción o remoción del funcionario por los procedimientos establecidos en el régimen propio de su función.³⁰

CONCLUSIONES

En lo que respecta a la primera parte del artículo, podemos extraer las siguientes conclusiones:

a. Los funcionarios públicos a los que se refiere son todos aquellos que realicen funciones públicas conforme a lo establecido en la Ley de Ética Pública;

b. Lo anterior coincide con la intención del convencional constituyente de adoptar una definición amplia de “funcionario público”;

c. En lo que respecta a la responsabilidad entendemos que sólo puede responsabilizarse al funcionario –al igual que se establece a nivel nacional– por ejercicio de su actividad irregular;

d. En cuanto a que el artículo incluya los “daños que pudiera producir el funcionario por ejercicio de su actividad”, entendemos que esto constituye un exceso ya que el ejercicio de una competencia no es opcional para el funcionario; por el contrario, es un deber cuyo incumplimiento acarrea tanto su responsabilidad disciplinaria como penal. Nótese que no cumplir con el deber –aun cuando se produzcan daños– colocaría al funcionario en la situación que describe el segundo supuesto de responsabilidad: es decir, en la omisión del ejercicio de su competencia;

e. Otra posible interpretación de dicha disposición es que sólo comprende los daños derivados de su actividad irregular, entendiendo que el agregado de la “y” fue una consecuencia no deseada por el convencional constituyente. Aunque dicha inconsecuencia no puede

29. Ver art. 22, Ley N° 4895.

30. Cfr. art. 30, Ley N° 4895.

presumirse y, en ese aspecto, el convencional tuvo el fin de incluir la responsabilidad política del funcionario. Pero aun en este caso, no parece justo que pueda reclamarse al funcionario por ejercer su competencia, salvo que pueda configurarse un caso de “abuso del derecho” (artículo 10 del Código Civil y Comercial de la Nación);

f. En definitiva, el artículo prevé la falta personal del funcionario y esta sólo puede ser comprometida mediante un factor de atribución subjetivo (dolo o culpa).

En lo que respecta a la segunda parte de la disposición, entendemos que resulta necesaria para el correcto desempeño de quienes se encuentran prestando servicios públicos.

Asimismo, esa información es un insumo básico para determinar la responsabilidad penal de un funcionario que se enriqueció ilícitamente, y es aquí donde la existencia de un sistema de declaraciones juradas cumple un rol esencial ya que resulta un elemento indispensable para poder determinar si un funcionario incrementó su patrimonio durante el ejercicio de la función pública y, además, permite mostrar una evolución cierta de su estado patrimonial.

En este sentido, nos parece un elemento esencial para ser tomado como un indicio más, en un eventual proceso penal, y no como una plena prueba de culpabilidad del funcionario en cuestión. Dicha prueba, deberá además complementarse con el resto de la prueba de cargo, obtenida por un canal de prueba autónomo a dicha declaración del funcionario obtenida en sede administrativa.

Artículo 57

Nadie puede ser designado en la función pública cuando se encuentra procesado por un delito doloso en perjuicio de la administración pública.

El funcionario que fuese condenado por sentencia firme por delito contra la administración, será separado sin más trámite.

INTRODUCCIÓN

Sostiene Sabsay que los actos de corrupción estatal quiebran y agravan el orden democrático porque alteran su naturaleza. La democracia supone que los ciudadanos elijan representantes para que cui-

den el bien común. Así, si el representante interpone en su actuación pública su interés personal y desvía en consecuencia su actuación, los propios fundamentos del sistema quedan alterados.³¹

El artículo 57 viene a establecer dos prohibiciones respecto al acceso y al ejercicio de la función pública para aquellos funcionarios sospechados y condenados de realizar actos de corrupción.

Así, por un lado, el artículo prohíbe el ingreso a la función pública de personas procesadas por delitos que perjudiquen a la Administración Pública y, por el otro, establece que si un funcionario público es condenado, debe ser separado de sus funciones sin más trámite.

Ahora bien, si ya el funcionario no puede ser designado en la función por revestir la calidad de procesado, entonces el segundo supuesto abarca el caso del funcionario en actividad que es procesado y posteriormente condenado estando en ejercicio de la función pública.

La primera parte del artículo generó un arduo debate porque se entendió que dicha disposición vulnera el principio de inocencia consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional. En este sentido, quien es procesado por un delito reviste –hasta que un juez o tribunal en una sentencia declare lo contrario– la condición de inocente. Por tanto, impedir su designación implicaría tratar como condenado a quien está siendo investigado y puede ser absuelto en dicho proceso.

El convencional Zaffaroni fue quien con mayor énfasis argumentó que la disposición constitucional violaba el principio de inocencia, pero además sostuvo que dicho artículo violaba incluso las garantías constitucionales establecidas en la propia Constitución de la Ciudad.³² Más allá de su posición –y de la solidez de sus argumentos–, finalmente se aprobó el requisito constituyéndolo como esencial para el acceso a la función pública.

La segunda parte del artículo, en cambio, no generó discusión alguna y se presenta como una inhabilitación para el ejercicio del cargo que conlleva la separación inmediata de sus funciones.

31. Cfr. Sabsay, Daniel A. y Onaindia, José M., *La Constitución de los porteños. Análisis y comentario*, Buenos Aires, Ed. Errepar, 1997, p. 123.

32. Cfr. versión taquigráfica, disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivosprincipales/960927/960927.htm#ResponsabilidadFuncionariosPúblicos

Ello ha llevado a Quiroga Lavié a sostener que la disposición constitucional establece una prohibición absoluta de designar en la función pública a una persona procesada –es decir, que no es preciso que estuviere condenada aún– por delito doloso en perjuicio de la Administración Pública.³³ En consecuencia, si un procesado no puede ingresar a la función pública –*a fortiori*–, menos aún podrá ingresar un condenado.³⁴

Asimismo, dicho artículo exige no sólo una condena, sino una “condena firme”. En términos de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia adquiere firmeza cuando se agotan las vías recursivas locales.³⁵

Por último, la inhabilitación prevista por el artículo se encuentra referida exclusivamente a aquellos que cometen delitos en perjuicio de la Administración Pública y no para el caso, por ejemplo, de delitos comunes.

ALGUNAS OBSERVACIONES CRÍTICAS AL ARTÍCULO

Con respecto a la primera parte del artículo, coincidimos con Zaffaroni en que el convencional constituyente ha ido demasiado lejos en su regulación, al imponer que un procesado no pueda siquiera ingresar en la función pública.

En efecto, para el Derecho Penal dicha persona es inocente hasta que una sentencia declare su culpabilidad. De este modo, la norma trata como culpable –vulnerando el artículo 18 de la Constitución Nacional– a quien no es más que sospechado de la comisión de un hecho delictivo y cuya condición en el proceso penal es, esencialmente, revocable.

En lo que respecta a la segunda parte del artículo, entendemos que representa una pauta ética sobre qué tipo de personas queremos trayendo abajo en la función pública.

33. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 162.

34. En la sentencia de la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA “Molina, Ester Dora c/GCBA S/Amparo” (Expte. N° 33251/0) se entendió que la limitación al ingreso establecida en el art. 57 de la Constitución local resulta *prima facie* constitucional (considerando XIII, del voto del Dr. Balbín, voto de mayoría).

35. CSJN, A.602XXXVII. Recurso de Hecho. “Argañaraz, Pablo Ezequiel y otros s/robo calificado por el uso de armas reiterado, etc –causa N° 936–”.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la mayoría de los delitos contra la Administración Pública prevén una inhabilitación³⁶ especial temporal y sólo –excepcionalmente– una inhabilitación especial absoluta y perpetua para el ejercicio de cargos públicos.³⁷

De allí que entendamos que una vez agotada y cumplida la pena o rehabilitado el funcionario, este debería poder acceder nuevamente a un cargo público. Ello así porque materialmente no será un sujeto procesado y, pasado cierto tiempo, el Registro Nacional de Reincidencia tiene vedado informar los antecedentes penales.³⁸

36. Incluso se encuentra prevista la posibilidad de rehabilitación transcurrida la mitad del plazo de ella o cinco años cuando la pena fuere perpetua, si se ha comportado correctamente, si ha remediado su incompetencia o no es de temer que incurra en nuevos abusos y si, además, ha reparado los daños en la medida de lo posible. Por lo tanto cabe preguntarse si un condenado rehabilitado por delitos contra la Administración Pública podría acceder a un cargo público (ver art. 20 ter, Código Penal).

37. Ver los arts. 261, 268, 268 (2) del Código Penal. En el resto de los delitos contra la Administración Pública está prevista la inhabilitación en forma especial y temporal. Sin embargo, tampoco debe perderse de vista que la inhabilitación perpetua y especial es en los hechos una inhabilitación temporal más larga, pero una pena perpetua –en el sentido lexicográfico del término– no existe en el régimen de penas del Código Penal argentino y, además, se encontraría vedada por la Convención Americana de Derechos Humanos (ver art. 5.6).

38. Asimismo, debe tenerse en cuenta la disposición del art. 51 del Código Penal, que establece que las condenas caducan y, por tanto, no deben informarse. En definitiva, la disposición tiene un inconveniente práctico adicional, dado que si el condenado no informa, no podrá conocerse pasado cierto tiempo esa condición. En concreto, la disposición establece: “Artículo 51. Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido. El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos: 1. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales; 2. Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad; 3. Después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación. En todos los casos se deberá brindar la información cuando mediare expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información, excepcionalmente, por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial. Los tribunales deberán comunicar a los organismos de registro la fecha de caducidad: 1. Cuando se extingan las penas perpetuas; 2. Cuando se lleve a cabo el cómputo de las penas temporales, sean condicionales o de cumplimiento efectivo; 3. Cuando se cumpla totalmente la pena de multa o, en caso de su sustitución por prisión (art. 21, párr. 2°), al efectuar el cómputo de la prisión

A lo anterior cabe agregar que, una vez agotada la pena, el autor ya pagó las cuentas con la sociedad y, en tal sentido, no puede pasarse por alto que tanto la Constitución Nacional como la Convención Interamericana de Derechos Humanos establecen que el fin de las penas es resocializar al individuo. Por tanto, no podría mediante una disposición infraconstitucional vulnerar dichas disposiciones y excluir a una persona que cumplió con su condena del acceso a la función pública, creando una cuasi incapacidad de derecho específica para el ejercicio de la función pública (cfr. artículos 18 y 31 de la Constitución Nacional y artículo 5, inciso 6, de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Por último, también se encontraría en contradicción con el artículo 13.9 de la Constitución de la Ciudad, al establecer que no hay peligrosidad sin delito, y aquí la condena penal proyectaría sus efectos hacia el futuro reeditando la cuenta saldada del autor, cuando este quiera acceder a la función pública y ha purgado una condena.

En suma, entendemos que el artículo 57 puede presentar –en algunos casos– serias dudas acerca de su constitucionalidad, más allá de los loables objetivos que persiguió el convencional constituyente con su inclusión.

impuesta; 4. Cuando declaren la extinción de las penas en los casos previstos por los arts. 65, 68 y 69. La violación de la prohibición de informar será considerada como violación de secreto en los términos del art. 157, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado”.

Capítulo Decimonoveno

Ciencia y Tecnología

Artículo 58

El Estado promueve la investigación científica y la innovación tecnológica, garantizando su difusión en todos los sectores de la sociedad, así como la cooperación con las empresas productivas.

Fomenta la vinculación con las Universidades Nacionales y otras Universidades con sede en la Ciudad. La Universidad de Buenos Aires y demás Universidades Nacionales son consultoras preferenciales de la Ciudad Autónoma.

Propicia la creación de un sistema de ciencia e innovación tecnológica y su coordinación con el orden provincial, regional y nacional. Cuenta con el

asesoramiento de un organismo consultivo con la participación de todos los actores sociales involucrados.

Promueve las tareas de docencia vinculadas con la investigación, priorizando el interés y la aplicación social. Estimula la formación de recursos humanos capacitados en todas las áreas de la ciencia.

INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA

Por María Cecilia Recalde

EL PRIMER ARTÍCULO APROBADO POR LA CONVENCIÓN DE 1996

Este artículo 58 es el único artículo que integra el Capítulo Decimoveno del Título Segundo, llamado Políticas Especiales, que a su vez forma parte del Libro Primero dedicado a los derechos, garantías y, precisamente, las políticas especiales.

Tiene la particularidad de haber sido el primero de los proyectos surgidos de la Comisión respectiva,¹ y también de haber sido el primer artículo de la Constitución de la Ciudad aprobado por la Convención de 1996.

Lejos de ser este un dato anecdótico, cabe señalar que los mismos convencionales resaltaron la relevancia de esta característica del artículo en comentario. En efecto, el convencional Garré resaltó este punto en la sesión ordinaria del 23 de agosto de 1996, al igual que sus pares, los convencionales Rodríguez, Brailovsky y Shuberoff.

El convencional Rodríguez puntualizó: “no es ni siquiera casual que este sea el primer tema que vayamos a debatir para incorporarlo como texto constitucional”.² A lo que el convencional Brailovsky agregó:

... estamos iniciando la redacción del texto constitucional otorgándole a la ciudad un área de competencia que hasta ahora no tenía; (...) el hecho de empezar la Constitución diciendo que hay una competencia nueva, que hay algo que la ciudad no tenía, demuestra que

1. Fue el Despacho de Comisión N° 1.

2. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivos-principales/960823/960823.

la Convención Constituyente le está incluyendo de ahora en adelante también el tema científico...

El convencional Shuberoff fue uno de los que más participó en el debate sobre este tema, ya que era de su mayor interés por ser en ese momento el Rector de la Universidad de Buenos Aires, institución directamente mencionada en la norma, y expresó:

... me parece importante señalar la significación política que tiene la eventual aprobación, por parte de esta Convención, de un texto como el que se propone, porque es importante que el pueblo de la Ciudad pueda estar en condiciones de merituar el gesto político que hace esta Convención –que no es menor– al aprobar el primer proyecto de texto constitucional sobre una norma que se refiere, precisamente, a la promoción de la investigación científica y tecnológica y a la innovación tecnológica, prerequisites indispensables para que alguna vez podamos habilitar los caminos para el desarrollo social con equidad...

LA PRESENTACIÓN DEL PROYECTO EN LA CONVENCIÓN

Dentro del marco de la Comisión de Políticas Especiales se presentaron diversos proyectos referidos a la investigación científica y a la innovación tecnológica, entre ellos los elaborados por los convencionales Shuberoff, Redrado y Escolar, pero el que finalmente se sometió a consideración de esa Comisión fue el suscripto por los convencionales Eugenio Zaffaroni, Alfredo Carella, Enrique Rodríguez, María E. Barbagelata, Ángel Bruno, Patricia Bullrich, Susana Carro, Jorge Castells, Jorge Enriquez, Nilda Garré, Raúl Garré, Martín Hourest, Aníbal Ibarra, Eduardo Jozami, Elsa Kelly, Alberto Maques y Osvaldo Riopedre.

El texto de la norma propuesta fue prácticamente idéntico al actual artículo 58 y, luego de ser aprobado por unanimidad por esa Comisión, fue también considerado y aprobado por su par de Redacción y Normas de Gobernabilidad para la Transición.

Fue el convencional Jozami el encargado de informar dentro del seno del plenario de la Convención los motivos que llevaron a proponer este artículo, quien señaló, en tal sentido, que

... la importancia que se concede a la investigación en ciencia y tecnología es uno de los indicadores más importantes para ver en qué

medida un país se prepara para enfrentar los desafíos del próximo milenio y para dar respuesta a las profundas transformaciones que estamos sufriendo en la sociedad y en el mundo...

Resaltó, además, los magros recursos que se destinaban en nuestro país a la investigación científica y tecnológica en comparación con otros lugares del mundo, y por ello señaló:

... entendemos que la inclusión de estos objetivos (...) en el texto de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires constituye un reconocimiento por parte de esta Convención a la importancia fundamental que tiene esta cuestión y es una exhortación implícita (...) para que el nuevo gobierno electo de la Ciudad de Buenos Aires impulse, con toda decisión, una política de ciencia y tecnología que, en el ámbito de la ciudad, tienda a revertir este estancamiento, este desinterés y esta situación crítica que estamos viviendo en el conjunto del país...

En la presentación del proyecto, el convencional Jozami también indicó que en la Comisión de Políticas Especiales había habido acuerdo en destacar enfáticamente la necesidad de una mayor vinculación entre el sistema de investigación de la Ciudad y las universidades nacionales. Y agregó que se había discutido largamente en torno a la necesidad o no de incluir expresamente la creación de un organismo que tuviera a su cargo la discusión de las políticas en materia de investigación científica y tecnológica, pero que la conclusión había sido afirmativa

... porque lo que estamos diciendo es que la dirección de la política en ciencia y tecnología, la discusión de las grandes líneas que deben orientar la política de investigación en esta materia, no deben quedar solamente en manos del Gobierno de la Ciudad, pero tampoco –dicho esto con todo respeto– en manos de los científicos. Se trata de un problema que interesa al conjunto de la sociedad y es una temática que requiere del diálogo y de la discusión entre la universidad, los científicos, las organizaciones gremiales y las empresas productivas. Por lo tanto, entendemos que es fundamental que exista una norma de estas características que, por un lado determine un organismo independiente para ciencia y tecnología y, por el otro, garantice la representación de todos los actores sociales involucrados.

Por último, el miembro informante mencionado puso de resalto que si bien varios proyectos habían planteado la creación de una

carrera de investigador en la Ciudad, el proyecto final había prescindido de esa propuesta

... porque nos pareció que debíamos evitar la tentación, que seguramente se nos planteará muchas veces, de duplicar a nivel de la Ciudad de Buenos Aires todos los organismos, institutos y sistemas que ya existen a nivel nacional. Por lo tanto, pensamos que si existe un CONICET (...) y también un conjunto de investigadores e institutos de investigación en la Universidad de Buenos Aires, que entiendo debemos estimular para un mayor desarrollo, no es conveniente crear una carrera de investigación con todo un sistema de becarios, investigadores y normas que la deben regir, porque además de los inconvenientes que apareja la duplicación, a nadie se le escapa que ello representaría un compromiso presupuestario bastante significativo para la Ciudad de Buenos Aires.

ALGUNAS INTERVENCIONES EN EL DEBATE EN EL PLENARIO Y LA APROBACIÓN DEL TEXTO PROPUESTO

Como ya se dijo, uno de los convencionales que mayor intervención tuvo en el debate fue Shuberoff, quien se encargó de resaltar la importancia medular de la investigación científica y tecnológica en el mundo y la necesidad de crear en el ámbito de la Ciudad el sistema y los mecanismos adecuados para incentivar el desarrollo de esas áreas. En ese sentido, remarcó:

... no es menor la relevancia del conocimiento nuevo ni su impacto aplicado a las actividades sociales, en particular a la producción, en la medida en que ese impacto produce como consecuencia la modificación de paradigmas técnico-económicos que dislocan los esquemas en torno a los cuales veníamos funcionando el último par de siglos en el mundo. No es menor, por ende, la importancia de la actividad de generación de ese conocimiento nuevo, es decir, de la investigación científica y tecnológica, así como tampoco es menor el impacto de dicho conocimiento en términos de innovación aplicada a la producción. (...) no es menor la decisión que estamos instalando en términos de programa para la sociedad, en términos de política activa del Estado, de política para los tiempos y de política como denominador común de todos los matices de la representación popular: la de promover como responsabilidad del Estado la actividad de producción de conocimiento científico-tecnológico, y la actividad de hacer impactar

ese conocimiento en términos de innovación en el sector productivo. De allí la idea de formulación de un sistema tecnológico en el que el Estado asuma la responsabilidad primaria de desarrollar la tarea de creación de conocimiento y, al mismo tiempo, de coordinar y fomentar la participación de la tercera parte insustituible en el proceso de innovación, que es el mundo de la producción.

Y agregó, finalmente:

... me parece que es un gesto político de primera magnitud fijar políticas públicas de carácter estratégico vinculadas con el desarrollo tecnológico y con la innovación. (...) No es menor el gesto que hace el pueblo de la Ciudad de Buenos Aires cuando a través de sus representantes, en una aplicación práctica del consenso como herramienta para definir las grandes decisiones de la sociedad, se ocupa con prioridad y con este sentido profundo de una cuestión que en última instancia hace a las posibilidades que tenga en el futuro esta sociedad de brindar condiciones y calidad de vida dignas a las grandes mayorías.

En sentido similar, tomó la palabra el convencional Rodríguez, quien puntualizó que

... [sin ciencia ni tecnología] no se puede hablar de planificación ni de competitividad (...). Tenemos una ventaja comparativa no ejercida, puesto que poseemos una universidad nacional y una capacidad tecnológica muy importantes; un tema muy importante es la vinculación del conocimiento científico y tecnológico con la actividad productiva. Ese es el tema central. Es un tema de fondo. Pero también otro punto que tiene neuralgia en el proyecto es el que se refiere al desarrollo científico y tecnológico como eje de la política social. (...) Todo lo que signifique educación e investigación no es costo, sino inversión.

Y su par, Oviedo, señaló a su turno:

Cuando hablamos de ciencia y tecnología estamos pensando en producir aquella tecnología del conocimiento que, tal como está expresada en el texto, nos permita transformar la realidad e ir superando aquellas irracionalidades que tiene Buenos Aires, a los efectos de convertirla en un faro productor de conocimientos.

Ahora bien, pese al acuerdo de fondo entre los convencionales intervinientes en el debate en el plenario, en cuanto a la necesidad de incorporar una norma en la Constitución de la Ciudad que impulsara

seriamente la investigación y el desarrollo científico y tecnológico, se escucharon en su seno algunas voces disidentes en algunos aspectos.

El convencional Redrado, por ejemplo, señaló que el texto debía ser más preciso en cuanto a qué quería decirse con la expresión “investigación en ciencia y tecnología”, que debía aludirse a los perfiles que en esos aspectos necesitaba la Ciudad. Remarcó:

Aquí se ha hablado en forma vacía, en términos conceptuales, del apoyo a la ciencia y a la tecnología, pero no se ha dado un marco de referencia que permita una especificación de cuáles son los nuevos perfiles profesionales que necesita nuestra sociedad. (...) La ciencia y la tecnología son importantes en la medida en que determinemos en qué se va a investigar, de qué manera y cómo se va a gastar, porque hasta ahora el problema en este tema no consiste tanto en el hecho de que se gaste poco –como se ha dicho aquí– sino en qué se gasta.

Convencido de que la intención del proyecto constitucional no era la de “abarcarse un mero contenido de palabras vacías”, afirmó:

... tenemos que ser más precisos, porque hoy la ciudadanía nos reclama capacidad de gestión de políticas públicas y no solamente palabras vacías o retóricas (...). Si vamos a aplicar en la Ciudad de Buenos Aires una nueva política de apoyo a la ciencia y la tecnología, hagámoslo rescatando algo que muy bien se expresa en el proyecto, como es la vinculación con los sectores productivos. (...) El debate no pasa por si se debe gastar más; por supuesto que hay que gastar más, pero también hay que gestionar políticas públicas que sean capaces de resolver los problemas que nos plantea la gente. Propongamos una universidad y ámbitos de ciencia y tecnología y brindémosles la capacidad presupuestaria que necesite, pero también conectémoslos con la vida real (...). Queremos una investigación que sea aplicada. El dinero de la gente debe volver a la gente, fundamentalmente en una investigación que esté conectada con los problemas sociales, con los problemas de salud, con los problemas de la educación, con los problemas de los sectores productivos.

Por su parte, el convencional Garré manifestó su preocupación con respecto a la creación del organismo consultivo mencionado en el proyecto sometido a debate. Con respecto a ese punto, Garré propuso:

... tenemos que hacer un acto de reflexión al seguir constituyendo y generando en el marco del texto constitucional un sinnúmero de organismos, sin siquiera tomarnos el desafío de hacer una reflexión mínima sobre el costo y la implicancia en materia de cargos y costos que

tiene esta decisión que estamos instrumentando en el texto constitucional. (...) se debe poner un techo a la capacidad creativa de los estatuyentes, que deberá ser la capacidad contributiva de los ciudadanos de Buenos Aires. (...) corremos el riesgo muy serio de que estas instituciones nunca se terminen de poner en funcionamiento en la práctica, porque no haya presupuesto, porque no haya decisión política o, lo que es peor: que se utilice una razón oculta detrás de otra para nunca poner en funcionamiento al organismo creado.

Ante las objeciones parciales formuladas, otros convencionales insistieron en la conveniencia de aprobar el texto propuesto. Tal fue el caso de Barbagelata, quien manifestó:

... pareciera que subyace una crítica permanente a las propuestas relativas a canales institucionales que brinden otra apertura a nuestra democracia, porque permiten canalizar la participación de los sectores y actores sociales que están involucrados en determinadas políticas y áreas. Parece que se replica con una cuestión meramente presupuestaria y que todo lo que no tenga su correlato fundado en cifras carece de fundamento o se trata de una propuesta utópica que, en definitiva, va a engrosar los organismos del Estado. Esta no es la propuesta (...), y saludo que en este primer proyecto que estamos tratando se incluya a un organismo de estas características, que es participativo y consultivo y que abre por primera vez la posibilidad de la participación de la gente en decisiones que antes tomaba unilateralmente el Estado. (...) Es necesario abrir y crear instituciones participativas. Esto no tiene nada que ver con cuestiones presupuestarias. (...) Se trata de políticas sociales concretas que no corresponde instrumentar en la Constitución; simplemente debemos fijar los lineamientos. Después, la política social concreta será determinada por el gobierno elegido por el pueblo, quien se encargará de instrumentarla. Tenemos que fijar sus lineamientos fundamentales y la introducción de mecanismos participativos a nivel consultivo, tal como está contemplado en este proyecto, que me parece altamente positivo.

En la misma línea de argumentación, la convencional Kelly sostuvo:

El tema de los recursos forma parte de una variable que no vamos a tener que analizar acá, porque va a ser función de los legisladores. (...) Pero lo que sí estará indicando este texto con toda claridad es que cualesquiera sean los recursos de los que disponga la Ciudad de Buenos Aires, una parte de ellos se tienen que destinar a invertir en ciencia y tecnología.

Y añadió:

... en este texto figura una especie de apertura respecto de quiénes tienen que intervenir en la discusión de la política científica y tecnológica. La idea de un consejo que abra la posibilidad de que participen todos los sectores me parece fundamental. Ya no serán grupos cerrados los que van a intervenir en la definición de esta política. (...) es importante que rescatemos esta materia en el texto constitucional. En consecuencia, no es algo inocente lo que estamos haciendo, porque lo realizamos con plena conciencia de la importancia que tiene. Es trascendente que nos preocupemos por la formación de los recursos humanos.

Luego de ese intercambio de pareceres, la presidencia de la Convención sometió a votación general el texto propuesto, que fue aprobado por unanimidad. A renglón seguido los convencionales trataron someramente el texto en particular, el que también resultó aprobado por unanimidad y pasó a ser así la primera norma aprobada por la Convención de 1996 para integrar el texto de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

LINEAMIENTOS DEL ARTÍCULO 58

Más allá de la relevancia que puede otorgársele al artículo 58 por haber sido el primero en ser aprobado en 1996, lo cierto es que su importancia deriva de razones de fondo que deben ser tenidas especialmente en cuenta.

A partir de las disposiciones de esta norma, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires resulta clara la responsabilidad primaria que le cabe al Estado en el desarrollo de las tareas de creación de conocimientos, de su vinculación con el mundo de la producción y de la fijación e implementación de su rol como eje de la política social.

Se desprende también de la norma en comentario y de su debate en la Convención que la Constitución de la Ciudad refiere a un “sistema” de ciencia e innovación tecnológica, que supone la elaboración de estrategias estatales a ser implementadas a corto, mediano y largo plazo garantizando, como dice el texto, su difusión en todos los sectores de la sociedad.

De allí la necesidad de que las políticas especiales en materia de ciencia y tecnología sean contempladas en el presupuesto local como verdaderas inversiones y no sólo como gastos públicos.

Este sistema diagramado en el artículo 58, además, debe ser llevado a la práctica teniendo en cuenta el requisito de su vinculación directa e inmediata con la realidad porteña y con sus distintos factores de producción. Por ello es que, lejos de ser una norma utópica, el texto constitucional coloca al Estado ante la obligación de tomar participación esencial y activa en la generación y difusión de investigación y conocimiento con el objetivo de que esa acción impacte en la realidad social y productiva.

ALGUNAS NORMAS POSTERIORES

Dentro del marco de lo previsto tanto por esta disposición como por las Leyes nacionales N° 23877³ y N° 25467,⁴ el 15 de noviembre de 2007 la Legislatura porteña aprobó la Ley N° 2511, titulada “Ciencia, Tecnología e Innovación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.⁵

Su objeto fue:

... establecer el marco legal e institucional para el desarrollo de una política de Ciencia, Tecnología e Innovación (CTI) en el ámbito de la Ciudad (...) promoviendo la aplicación del conocimiento para dar respuesta a las necesidades socio-económicas y culturales de la comunidad, mejorando la calidad de vida de sus ciudadanos.⁶

3. Publicada en el BO 01/11/90, ley sobre promoción y fomento de la innovación tecnológica que tuvo por objeto mejorar la actividad productiva y comercial, a través de la promoción y el fomento de la investigación y el desarrollo, la trasmisión de tecnología, la asistencia técnica y todos aquellos hechos innovadores que redunden en lograr un mayor bienestar del pueblo y la grandeza de la Nación, jerarquizando socialmente la tarea del científico, del tecnólogo y del empresario innovador (art. 1).

4. Publicada en el BO 26/09/01. Esa ley tuvo por finalidad establecer un marco general que estructurase, impulsase y promoviese las actividades de ciencia, tecnología e innovación, a fin de contribuir a incrementar el patrimonio cultural, educativo, social y económico de la Nación, propendiendo al bien común, al fortalecimiento de la identidad nacional, a la generación de trabajos y a la sustentabilidad del medio ambiente (art. 1).

5. Publicada en el BOCBA 13/12/07.

6. Art. 1.

Entre los aspectos centrales de esa ley, cabe resaltar los siguientes:

a) La política local en estas materias debía impulsar la estructuración de un “Sistema Local de CTI”, propiciando un mayor impacto social del conocimiento científico-tecnológico generado en la Ciudad.⁷

b) Fueron objetivos y finalidades expresamente previstos por el legislador, entre otros: fortalecer la base científica y tecnológica de los sectores productivos; contribuir al desarrollo de una cultura de la innovación; estimular la colaboración y el trabajo conjunto de todas las instituciones públicas y privadas de la Ciudad; promover la investigación y la formación de recursos humanos en áreas y temas de interés estratégico; asegurar el respeto a la libertad de investigación; promover el uso del asesoramiento científico y tecnológico por parte del Gobierno local.⁸

c) Para la ejecución de las distintas actividades previstas por la ley, se dispondría de un presupuesto anual no inferior al 1% del presupuesto total de la Ciudad.⁹

d) Se promovía la creación de un Gabinete de Ciencia, Tecnología e Innovación presidido por el Jefe de Gobierno, que tendría como objetivo principal decidir acerca de las políticas y prioridades del Sistema de CTI, y un Consejo de Ciencia, Tecnología e Innovación, como órgano de asesoramiento y concertación intersectorial e interdisciplinario.¹⁰

e) Se dispuso la creación de un Registro Público de Investigadores y/o Equipos de Investigación Científico-Tecnológica con el objeto de estimular la participación de ese sector en los procesos de elaboración y desarrollo de las políticas públicas.¹¹

f) Se creó el Plan Cuatrienal de Ciencia, Tecnología e Innovación con el objeto de ser el instrumento de planificación básico en esta materia.¹²

g) Debía promoverse la creación de “Incubadoras de Empresas, Parques, Polos y otros Espacios Tecnológicos”, dotados de personería

7. Art. 2.

8. Art. 3.

9. Art. 8.

10. Arts. 9, 10 y 13.

11. Art. 18. Este Capítulo IV de la ley (en el que se encuentra el art. 18) fue incorporado con posterioridad por el legislador, por medio de la Ley N° 4406 (BO 22/01/13).

12. Art. 28.

jurídica, que podrían estar integrados por personas jurídicas públicas y/o privadas.¹³

h) Se previó la creación de “Fondos Especiales”, con el objetivo de concentrar recursos y acciones para apoyar el desarrollo económico, social y ambiental en sectores estratégicos para la Ciudad, los que debían constituirse sobre la base del Plan Cuatrienal e integrarse con recursos públicos.¹⁴

i) El Gobierno de la Ciudad es el responsable de la evaluación de la actividad tecnológica, científica y de innovación, con el objetivo de valorar su calidad y la eficacia de la inversión pública en la materia.¹⁵

La Ley N° 2511 fue reglamentada por el Decreto N° 1321/08,¹⁶ que tuvo especialmente en cuenta lo dispuesto por el artículo 58 de la Constitución local¹⁷ y consideró “prioritario para el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires llevar adelante la tarea de promover el desarrollo de la investigación científica y la innovación tecnológica”¹⁸ y un

... deber del Estado desarrollar una política de Ciencia, Tecnología e Innovación (CTI) orientada a impulsar en el ámbito local, una mayor vinculación entre las organizaciones públicas y privadas que generan conocimiento científico tecnológico en el ámbito de la producción...¹⁹

Al momento de escribir estas líneas y tras sucesivas modificaciones normativas, la implementación de los distintos aspectos legales y reglamentarios referidos a la política y al sistema de ciencia, tecnología e innovación porteños se encuentra a cargo de la Dirección General de Ciencia y Tecnología de la Subsecretaría de Economía Creativa y Comercio Exterior, del Ministerio de Modernización, Innovación y Tecnología del Gobierno de la Ciudad.

13. Art. 31.

14. Art. 34.

15. Art. 35.

16. Publicado en BOCBA 19/11/08.

17. Considerando, párr. 3°.

18. Considerando, párr. 1°.

19. Considerando, párr. 2°.

LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA COMO MEDIO PARA PROVEER LO CONDUCENTE AL DESARROLLO HUMANO EN EL ÁMBITO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Esta manda constitucional establecida en la primera parte del artículo 58 y dirigida al Estado como responsable de promover la investigación científica y la innovación tecnológica, y de garantizar su difusión en todos los sectores de la sociedad, está engarzada en un sistema más amplio que se refiere a la obligación de promover el desarrollo humano, tal como lo dispone el artículo 18 del mismo texto normativo.²⁰ Objetivo este que resulta medular tanto a nivel local como nacional, en especial luego de la reforma a la Constitución Nacional de 1994.

La primera parte del artículo 75, inciso 19 de la Constitución Nacional

En efecto, con motivo de esa reforma, la Convención de 1994 diseñó la denominada “nueva cláusula de la prosperidad”, como inciso 19 del artículo 75, referido a las competencias del Poder Legislativo. En esa norma estableció, en lo que aquí resulta de interés, que le corresponde al Congreso “Proveer lo conducente al desarrollo humano (...), a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”.

Esa incorporación estuvo expresamente llamada a ser el contenido sustancial de la reforma y el objetivo prevalente del siglo XXI en nuestro país, tal como lo sostuvieron dentro del marco del debate en la Convención distintos convencionales.²¹ En igual sentido, en momentos posteriores a la reforma se señaló:

Una lectura inicial del resultado de la reforma no puede evitar, más allá de la euforia o de los partidismos antinómicos, las siguientes constataciones objetivas: (...) El rol del Estado en materia de progreso social no sólo se limita a una función logística y a un contenido

20. El art. 18 establece: “La Ciudad promueve el desarrollo humano y económico equilibrado, que evite y compense las desigualdades zonales dentro de su territorio”.

21. Entre otras, ver las intervenciones de los convencionales Auyero, Carrió, Rosatti y Cafiero (A.) en *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1998, T. VI, pp. 5574-5576, 5651, 5682 y 5749-5750, respectivamente. Debe recordarse que la cláusula del desarrollo humano tuvo su origen en un proyecto presentado por el convencional Cafiero (ver proyecto de Cafiero y fundamentos en *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, *op. cit.*, T. II, pp. 1843-1844).

económico (la cláusula de la prosperidad de Alberdi) sino también, y fundamentalmente, a una función promotora del desarrollo humano en un marco de igualdad de oportunidades y de equidad social (esta es la cláusula de la prosperidad de la reforma de 1994). Ya no basta con no entorpecer el progreso individual, es menester garantizar que este no coarte los lazos de solidaridad que nos otorgan sentido de presente y vocación de porvenir. La educación, la ciencia y la investigación, unidas al respeto por el pluralismo en sus diversas manifestaciones, constituyen los factores relevantes del progreso futuro. Son los ferrocarriles y los canales navegables del siglo XXI.²²

A partir de 1994 y a nivel nacional estamos, pues, ante un bloque de normas que forman un sistema operativo que compromete el accionar del Estado tanto a nivel nacional como internacional.

Así lo ha entendido también la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al afirmar que no sólo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de una garantía constitucional, teniendo en cuenta que la Constitución en su artículo 75, inciso 19, impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano.²³

Es que la elaboración de la *teoría del desarrollo humano* intenta desde hace décadas y desde la órbita de Naciones Unidas, lograr que los Estados tomen conciencia de la relevancia de pensar el tema del desarrollo esencialmente centrado en el ser humano, en sus capacidades, en sus oportunidades, en sus derechos.

Por ello, se han elaborado documentos internacionales de la más variada índole para que las naciones reconozcan que en el siglo XXI ya no resulta aceptable la existencia de pobrezas extremas, de indigencias, de exclusiones sociales, de necesidades básicas insatisfechas, y para que por lo tanto se comprometan a tomar medidas eficaces con el fin de prevenir esos males y combatirlos, entre ellas, la de la educación y la de la investigación y el desarrollo científico y tecnológico.

La República Argentina, desde hace ya muchos años, decidió sumarse a esa corriente: firmó, aprobó y ratificó tratados, convenciones, declaraciones, acuerdos y otros instrumentos por los que se obligó a

22. Rosatti, Horacio, "Introducción", en Rosatti, Horacio y otros, *La Reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 11 y ss., en esp. p. 14.

23. Fallos: 329:3089 (2006).

tomar todas las medidas necesarias para que la teoría del desarrollo humano sea en nuestro país una realidad tangible para todos.

La Ciudad de Buenos Aires hizo lo propio, al idear un sistema constitucional construido sobre los pilares del Preámbulo, del artículo 18 y del artículo 58, entre otras normas, por el que se impone al Estado local la promoción del desarrollo humano, de la ciencia y de la investigación.

Manifestaciones de los convencionales porteños

Los convencionales porteños de 1996 se manifestaron en sentido similar en sus distintas intervenciones, al insistir en la importancia del actual artículo 58 de la Constitución local, como herramienta clave de política social en la Ciudad.

Como ya se dijo, Shuberoff calificó la “promoción de la investigación científica y tecnológica y a la innovación tecnológica [como] pre-requisitos indispensables para que alguna vez podamos habilitar los caminos para el desarrollo social con equidad”, e insistió en que esta cuestión “hace a las posibilidades que tenga en el futuro esta sociedad de brindar condiciones y calidad de vida dignas a las grandes mayorías”. Fue similar la postura del convencional Rodríguez, quien afirmó que el punto neurálgico de esa norma radicaba en considerar al desarrollo científico y tecnológico como eje de la política social. Oviedo, por su parte, señaló que la norma en comentario permitiría “ir superando aquellas irracionalidades que tiene Buenos Aires”.

DISPOSICIONES SIMILARES EN OTRAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES

La mayor parte de las provincias argentinas reformaron sus constituciones luego de la reforma nacional de 1994 y, al hacerlo, incorporaron a sus textos varios de los lineamientos fijados por la Constitución Nacional, entre ellos el referido a la necesidad de proveer lo conducente al desarrollo humano y al desarrollo de la investigación científica y tecnológica.

Sólo a modo de ejemplo, recordemos que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone en su artículo 43 que

... la Provincia fomenta la investigación científica y tecnológica, la transferencia de sus resultados a los habitantes cuando se efectúe con

recursos del Estado y la difusión de los conocimientos y datos culturales mediante la implementación de sistemas adecuados de información, a fin de lograr un sostenido desarrollo económico y social que atienda a una mejor calidad de vida de la población.

La Constitución de Catamarca establece que le corresponde al Poder Legislativo “Legislar sobre la investigación y generación tecnológica autóctona en todos los niveles y ramas de la ciencia, priorizando aquellas consideradas de interés para el desarrollo provincial, regional y nacional”.²⁴ Agrega, entre los deberes y atribuciones del Gobernador, el de “Transferir los resultados de la investigación científica y la generación tecnológica del Estado con fines de bien común, a todos los sectores demandantes de la sociedad, poniéndose especial énfasis en los de menores recursos”.²⁵ Y afirma que

... [el] Estado provincial tiene la responsabilidad de proteger, promover y contribuir al desarrollo de la ciencia y de la tecnología en sus diferentes manifestaciones para que sirvan como instrumentos potenciadores y de apoyo al progreso económico y social del pueblo, garantizando que la investigación científica y tecnológica sea transferida, con fines de bien común, a todos los sectores sociales, privilegiando aquellos de menores recursos.²⁶

Por su parte, la Constitución de la Provincia de Córdoba incluye entre los principios y lineamientos a seguir por la política educativa provincial el de “Promover el acceso de los habitantes, según su vocación, capacidad y mérito, a los más altos niveles de formación, investigación y creación”.²⁷

Chaco prevé la estimulación, por parte de la Provincia, de la investigación científico-técnica;²⁸ y la responsabilidad provincial de promover:

... las actividades científicas y el uso, transferencia e incorporación de tecnología mediante la concertación con organismos nacionales e internacionales de investigación, y la creación de una estructura institucional estable, con esquemas financieros que permitan dotar al sector de los recursos necesarios para una sostenida evolución.²⁹

24. Art. 110, inc. 17.

25. Art. 149, inc. 23.

26. Art. 279.

27. Art. 62.

28. Art. 80.

29. Art. 84, inc. 6.

Neuquén determina que “el Estado es responsable de la investigación, conservación, enriquecimiento y difusión del patrimonio cultural, independientemente del origen de los bienes que la componen, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad”.³⁰ Asimismo, según esa Constitución local:

... [la] Legislatura dicta las leyes necesarias para establecer y organizar un sistema de educación de nivel inicial, primario, medio y técnico, en sus diferentes modalidades, terciario y universitario, estimulando la libre investigación científica y tecnológica, las artes y las letras.³¹

Y la Constitución salteña reza: “El sistema educacional contempla las siguientes bases: Impulsa la educación media, técnica y superior y la investigación científica y tecnológica”.³²

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE IMPLEMENTAR POLÍTICAS ACTIVAS PARA CUMPLIR CON LA FINALIDAD DE LA NORMA EXPRESADA EN SU TEXTO Y POR SUS AUTORES

Tanto de las normas contenidas en la Constitución Nacional, como de lo establecido por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, se desprende la obligación primaria del Estado de promover la investigación y el desarrollo científico y tecnológico y de garantizar su difusión, como uno de los medios fundamentales para proveer lo conducente al bienestar general y al desarrollo humano de todos los habitantes de la Ciudad, en especial de los sectores más necesitados.

Este es el objetivo primordial del accionar estatal. Así lo disponen los textos constitucionales nacionales y locales, y los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina. Precisamente de ellos se hicieron eco los convencionales porteños cuando en 1996 decidieron incorporar este artículo 58, que debe leerse junto con el Preámbulo de la Constitución local y con su artículo 18, ya que conforman un sistema de objetivos y medios que necesariamente deben determinar la ejecución de políticas de Estado y de acciones positivas por parte del Gobierno de la Ciudad.

30. Art. 106.

31. Art. 109.

32. Art. 49.

Capítulo Vigésimo Turismo

Artículo 59

La Ciudad promueve el turismo como factor de desarrollo económico, social y cultural.

Potencia el aprovechamiento de sus recursos e infraestructura turística en beneficio de sus habitantes, procurando su integración con los visitantes de otras Provincias o países. Fomenta la explotación turística con otras jurisdicciones y países, en especial los de la región.

EL DERECHO AL TURISMO COMO UN DERECHO ECONÓMICO, SOCIAL Y CULTURAL

Por María Laura Peluffo

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el Título Segundo, referido a las “Políticas Especiales”, concretamente en el capítulo vigésimo, se refiere a la promoción del turismo como factor de desarrollo económico, social y cultural, potenciando el aprovechamiento de sus recursos e infraestructura turística en beneficio de sus habitantes, procurando su integración con los visitantes de otras provincias o países. Asimismo, impone la obligación de fomentar la explotación turística con otras jurisdicciones y países, en especial los de la región.

El turismo ha sido definido como la actividad o hecho de viajar por placer, o el conjunto de los medios conducentes para facilitar esos viajes.¹

Históricamente, se encontraba reservado para determinadas elites; sin embargo, en la actualidad no es una actividad “aristocrática”, sino un fenómeno de masas; pues el cambio socioeconómico se evidencia, incluso, en las denominaciones jurídicas. En efecto, en el pasado, un agente se limitaba a proveer al pasajero lo necesario para el desarrollo de un viaje que el cliente mismo había programado; actual-

1. *Diccionario esencial de la lengua española*. Real Academia Española, Madrid, ESPASA CALPE SA, 2006, p. 1485.

mente, el empresario no se limita a este servicio sino que, en la mayoría de los casos, organiza el viaje creando o promoviendo un programa completo, denominado viaje combinado, *tour package*, *paquetto*, *viaggio tutto compreso*, *forfait touristique*, *pauschalreisen*, etcétera. Se trata de una verdadera industria del viaje que, jurídicamente, crea múltiples y complejas relaciones que atañen a todas las ramas del Derecho, tal es el punto que el Estado tiene un fuerte interés en el desarrollo del turismo en tanto constituye una importante fuente de ingresos. Justamente, en la mayoría de los países existen disposiciones de naturaleza administrativa que lo regulan.²

Del texto constitucional se desprende que el constituyente lo ha considerado como una actividad económica prioritaria que genera empleo, divisas e impulso a la pequeña y mediana empresa, poniendo en cabeza del Estado local el deber de promocionar esa actividad; aunque también constituye un medio fundamental para difundir y promover los conocimientos y relaciones culturales de un lugar determinado.

Surge entonces que el turismo presenta dos facetas claramente diferenciables entre sí. Por un lado, al referirnos como un derecho de los individuos de viajar hacia lugares distintos al de su residencia con fines recreativos y culturales y, por el otro, como una actividad que hace al desarrollo económico, ya sea de modo regional e individual, siendo este último el aspecto tomado por el artículo en estudio.

Siguiendo este lineamiento, de la lectura del artículo surge una fuerte imposición por parte del constituyente hacia el Estado para que adopte las políticas necesarias para promover el desarrollo de las actividades turísticas.

A fin de realizar un análisis pormenorizado del precepto constitucional, en primer término debemos recordar que a fines del siglo XVIII, de la mano de las revoluciones de Norteamérica y la Francesa, surgió el constitucionalismo clásico como una reacción contra las monarquías absolutistas, cuyo objetivo era limitar el poder del Estado a través de dos principios. Por un lado, la división de poderes y, por el otro, estableciendo un *bill* de derechos individuales, oponibles frente a la

2. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El contrato de turismo", *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Contratos modernos*, Buenos Aires, RC D 1766/2012, T. 1993, p. 3.

omnipotencia del Estado. Los mismos eran de carácter civil y político, básicamente relacionados con el valor “libertad”.

Así, el constitucionalismo clásico adhirió a la concepción de un Estado pasivo, que debía actuar conforme el ordenamiento jurídico vigente respetando los derechos de los individuos.

Sin embargo, las modificaciones que se produjeron en la realidad mundial demostraron que la consagración de los derechos civiles y políticos era notoriamente insuficiente para tutelar adecuadamente a los individuos. En tal sentido, las revoluciones industriales, la crisis de 1930 y las dos guerras mundiales implicaron un cambio profundo en la composición de la sociedad. Esta situación arroja consecuencias negativas en materia social, generando -entre otros problemas- explotación laboral, trabajo insalubre, salarios insuficientes, hambre, pobreza, desempleo, falta de vivienda y de educación; lo que redundó, abruptamente, en un deterioro del bienestar de la población.

En este contexto, en las primeras décadas del siglo XX surgió el constitucionalismo social, que tuvo como objetivo consagrar los denominados derechos económicos, sociales y culturales, que no se referían a los individuos como tales, sino a las personas viviendo en sociedad, donde el Estado intervenga activamente, a través de políticas públicas, para proteger a las minorías más vulnerables; trabajadores, ancianos, niños, discapacitados, mujeres y, de esa manera, garantizar la igualdad real de oportunidades.

Un punto de partida para distinguir la estructura de estos derechos, de los derechos civiles y políticos, está dado en que mientras que los últimos generan obligaciones negativas o de abstención por parte del Estado, los derechos económicos, sociales y culturales implican el nacimiento de obligaciones positivas que deberán ser solventadas por el erario público.³

Significa que el Estado, en relación a los derechos civiles y políticos, cumple simplemente con la “abstención”. Esto es, concreta la protección en orden a esos derechos, por ejemplo, absteniéndose de aplicar penas sin un juicio previo en que se respete el debido proceso legal, o absteniéndose de cometer injerencias arbitrarias en la intimi-

3. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, España, Editorial Trotta, 2002, pp. 21-36.

dad de las personas o su familia. Sin embargo, para dar cumplimiento efectivo a los derechos sociales dada su propia estructura, no alcanza con “no hacer”, sino que implica, en contrario, la obligación del Estado a “hacer”, a brindar prestaciones positivas.

En consecuencia, los derechos económicos, sociales y culturales son derechos fundamentales que se diferencian de los derechos civiles y políticos en su estructura y, en cuanto a la obligación estatal de generar las denominadas políticas públicas o especiales.

Frente a la concepción expuesta, el turismo se presenta como una actividad socioeconómica, estratégica y esencial para el desarrollo local y nacional, por lo cual su promoción y fomento resultan prioritarios dentro de las políticas que debe adoptar el Estado. Justamente, calificar el desarrollo de la actividad turística como una política de Estado implica considerar al turismo como un eje central de la gestión gubernamental en el que concurren actores públicos y privados, orientando hacia su concreción los recursos humanos y económicos necesarios para otorgarle sustento.

En cumplimiento de la manda constitucional, la Legislatura porteña sancionó la Ley N° 600,⁴ que declara al turismo como una actividad socioeconómica de interés público y cultural para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.⁵

El artículo 2 define al turismo como el conjunto de actividades originadas por el desplazamiento temporal y voluntario de personas fuera de su lugar de residencia habitual, sin incorporarse al mercado de trabajo de los lugares visitados, invirtiendo en sus gastos recursos no provenientes del centro receptor.

Entre los principios generales, el artículo 3 de la ley establece: a) el fomento, desarrollo y promoción del turismo receptor, nacional e internacional; b) la coordinación e impulso del crecimiento turístico planificado, en función de la mejora de la calidad de vida de los residentes y de la conservación y preservación del patrimonio natural, histórico y cultural; c) el fomento y apoyo de la iniciativa pública, privada y académica en materia de capacitación, creación y conservación de empleos generados por la actividad turística; d) el estímulo y el desarrollo de la

4. Publicada en el BO el 10/07/2001.

5. Ley N° 600, art. 1.

actividad turística como medio para contribuir al crecimiento económico y social de la Ciudad, generando condiciones favorables para la iniciativa y desarrollo de la inversión privada; e) la revalorización de los recursos turísticos existentes, la recuperación de los que se hallen depreciados y la búsqueda de otros nuevos que contribuyan al enriquecimiento del patrimonio y a la diversificación de la oferta turística; f) el posicionamiento de la Ciudad como producto turístico-competitivo en el ámbito del Mercosur y el Mundo; y g) el fomento de la conciencia a favor del turismo mediante la difusión del conocimiento de los recursos disponibles y la realización de campañas educativas.

Además, la ley reglamentaria organiza todas las cuestiones relacionadas con el turismo bajo la modalidad de un “Sistema turístico”, que comprende el conjunto de sujetos que de por sí y en su mutua relación generan actividades económicas y acciones institucionales, en función del turista,⁶ cuyos integrantes son descriptos en el artículo 5 de la ley.⁷

El artículo 6⁸ establece el organismo de aplicación, cuyas funciones son: a) entender en la formulación y ejecución de las políticas turísticas de la Ciudad de Buenos Aires, con la participación de estructuras intermedias y de la actividad privada; b) declarar lugares turísticos de desarrollo prioritario a aquellos que por sus características naturales, histórico-patrimoniales o culturales constituyan un atractivo; c) categorizar, fiscalizar y participar en la habilitación de los servicios turísticos, conforme la normativa vigente en cada caso, actuando en coordinación con los organismos competentes; d) confeccionar anualmente con la participación del sector privado el calendario turístico de la Ciudad, en el cual deben figurar todos los eventos y actividades que juzgare de interés; e) verificar el cumplimiento por parte de los prestadores turísticos de las obligaciones a su cargo, sean por ley local nacional o las que resulten de convenios internacionales, bilaterales

6. Ley N° 600, art. 4.

7. Ley N° 600, art. 5: “Sistema turístico-composición.- A los efectos de la presente Ley, integran el Sistema Turístico: a. las instituciones públicas, privadas y mixtas vinculadas al sector; b. las instituciones académicas; c. los prestadores de servicios turísticos; d. los turistas y excursionistas; e. los recursos turísticos; f. la población residente”.

8. Ley N° 600, art. 6: “Organismo de aplicación.- La Subsecretaría de Turismo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires o la dependencia gubernamental que la reemplace es el Organismo de Aplicación de la presente Ley, sus disposiciones reglamentarias y complementarias”.

o multilaterales, suscriptos por el Gobierno nacional o por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; f) promover las acciones respectivas conforme al régimen vigente en caso de verificarse la comisión de una falta; g) crear, organizar, regular y administrar el funcionamiento del registro de prestadores turísticos, en forma directa o a través de los organismos gubernamentales que se creen al efecto; h) informar y asistir al turista, proporcionándole información oficial de los servicios turísticos y públicos a su disposición y otros datos generales de su interés; i) realizar los estudios estadísticos que apunten a definir las estrategias para satisfacer las expectativas del mercado, por sí o en coordinación con otros sistemas de la actividad pública o privada; j) elaborar y poner en marcha programas, planes y campañas de desarrollo de promoción turística del distrito en el orden nacional e internacional, con la participación del sector privado; k) crear, modificar y programar los circuitos turísticos dentro de la Ciudad que hagan a su desarrollo; l) dar a publicidad las sanciones impuestas a los infractores; m) administrar los fondos depositados en la cuenta recaudadora, destinándolos a la promoción turística de la ciudad; n) promover, en coordinación con entidades públicas, privadas y asociaciones sociales, la prestación de servicios turísticos accesibles a la población a fin de contribuir al pleno ejercicio del turismo social.

Asimismo, el artículo 8º establece las atribuciones del organismo de aplicación, sin perjuicio de las que corresponden al Consejo Con-

9. Ley N° 600, art. 8: "Atribuciones.- Son atribuciones del Organismo de Aplicación: a. emprender acciones conjuntas con organismos públicos, del sector privado y/u organizaciones no gubernamentales a fin de impulsar la dotación de infraestructura necesaria para el desarrollo de los circuitos que se predeterminen como así también recibir financiamiento a través del aporte público o privado; b. fomentar y apoyar la iniciativa que contribuya a la promoción del turismo y a la excelencia de los servicios; c. proponer ante los organismos correspondientes sistemas de créditos o financiamiento para el fomento y desarrollo de la infraestructura, equipamiento, microemprendimientos y pequeñas y medianas empresas del sector, en concurso con otros organismos gubernamentales involucrados; d. crear y fomentar planes de desarrollo que involucren al conjunto de la comunidad tendientes a satisfacer las necesidades de recreación de las personas con relación al tiempo libre; e. crear un sistema de información turística apoyado en las nuevas tecnologías de almacenamiento y distribución de datos; f. fomentar y estimular el desarrollo de pequeñas industrias artesanales que produzcan bienes de uso y consumo turístico; g. elaborar una guía turística de la Ciudad de Buenos Aires y mantenerla actualizada, incluyendo en la misma las campañas vigentes contra la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. h. proponer la

sultivo de Turismo con funciones de asesoramiento y estudio,¹⁰ y el pronunciamiento sobre cuestiones referentes a la organización, coordinación, promoción y legislación de las actividades turísticas, tanto oficiales como privadas.¹¹

En el capítulo III, la ley se refiere a los prestadores de servicios turísticos, definidos como la persona física o jurídica que proporcione, intermedie o contrate con el turista, la prestación de servicios de turismo,¹² cuyas principales obligaciones son: a) cumplir con las disposiciones legales, sus reglamentaciones y normas complementarias, realizando su labor en el marco ético-profesional que garantice el armónico e integral desarrollo del turismo en el ámbito de la Ciudad; b) brindar los servicios a los turistas en términos convenidos y en un todo de acuerdo a la información suministrada por el prestador al organismo de aplicación, sus reglamentaciones, normas afines y complementarias y en la ley de defensa de los consumidores y usuarios; c) suministrar al organismo de aplicación los datos y la información que aquel le solicite referidos a su actividad a los fines estadísticos; d) realizar su publicidad y promoción sin alterar o falsear la identidad turística de la Ciudad, informar con veracidad sobre los servicios que ofrece y acerca de la existencia de los delitos vinculados a la explotación sexual comercial infantil y de sus sanciones; e) cumplir con lo ofertado, publicado y/o con los requisitos mínimos establecidos para

suscripción de convenios y acuerdos con organismos, entes públicos y privados de distintas jurisdicciones municipales, provinciales, nacionales e internacionales; i. priorizar la capacitación integral de recursos humanos articulando al sector público, al privado y al académico, poniendo especial énfasis en la detección y prevención de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en el turismo; j. participar en el diseño de políticas de seguridad en protección al turista; k. fomentar la participación de todos los habitantes de las Comunas en las actividades relacionadas con el turismo; l. crear las herramientas necesarias para posicionar a Buenos Aires como sede de congresos, ferias, exposiciones y convenciones; m. incorporar al producto turístico las actividades deportivas, culturales, productivas y otras que se realicen en la Ciudad; n. participar coordinadamente con la Secretaría de Turismo de la Nación, las demás provincias y municipios y el sector privado, en la promoción de grupos vacacionales emisivos y receptivos, a través de instituciones, empresas, sindicatos y otras organizaciones sociales; ñ. elaborar pluriannualmente los planes de manejo del turismo de la Ciudad”.

10. Ley N° 600, art. 9.

11. Ley N° 600, art. 10.

12. Ley N° 600, art. 12.

cada categoría; f) brindar las facilidades necesarias a las personas con necesidades especiales y a las personas de la tercera edad en condiciones en las que se garantice su seguridad y comodidad; g) poner a la vista de los usuarios y consumidores, en forma visible y legible, en idioma español, inglés y portugués como mínimo, el teléfono, dirección y horarios de atención de las autoridades de aplicación y de la Ley N° 757, o aquella que la reemplace; h) denunciar la explotación sexual comercial del niño, niña y adolescente por parte del turista, a las autoridades competentes.¹³

También, el legislador previó la creación de un registro de prestadores turísticos, cuya inscripción se estipula de carácter voluntario, excepto para todos los prestadores turísticos que estén regulados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, caso en el que el registro será obligatorio.¹⁴

Finalmente, la ley se refiere a los recursos de financiamiento,¹⁵ asistencia al turista¹⁶ y, por último, algunas disposiciones transitorias.

A modo de conclusión, vale destacar que las políticas especiales responden a un modelo de “democracia social”, consistente en una fuerte presencia del Estado en los aspectos esenciales de la vida cotidiana de las personas. Para concretar un derecho social, el Estado debe cumplir con el deber de abstención, y con el de conducta o acción. Debe cumplir con las obligaciones negativas y con las positivas.

A mayor abundamiento, cabe destacar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2.2, establece que

Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizadas por disposiciones legislativas o de otro carácter.

13. Ley N° 600, art. 13.

14. Ley N° 600, art. 14.

15. Ley N° 600, cap. IV.

16. Ley N° 600, cap. V.

En consonancia, el artículo 2.3 determina que

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, (...) c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 2, expresa que

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (...) 3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

Siguiendo este lineamiento, las políticas públicas, como medidas en un Estado de Derecho, se traducen en normas que regulan una determinada materia, ya sea en educación, desarrollo social, salud, seguridad pública, infraestructura, turismo, deporte, comunicaciones, energía, agricultura, etcétera.

Así es que, en el caso, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debe realizar todos los esfuerzos para sortear obstáculos y concretar la mayor cantidad de acciones posibles para que se efectivicen estos derechos, promoviendo el turismo a través del uso de los recursos e infraestructura turística de la Ciudad para beneficio de los habitantes.

LIBRO SEGUNDO

GOBIERNO DE LA CIUDAD

INTRODUCCIÓN: EL GOBIERNO DE LA CIUDAD

Por Eugenio Luis Palazzo

LA ESTRUCTURA DEL LIBRO SEGUNDO

El Libro Segundo del texto de 1996 se denomina “Gobierno de la Ciudad” y posee siete títulos: “Reforma Constitucional”, “Derechos políticos y participación ciudadana”, “Poder Legislativo”, “Poder Ejecutivo”, “Poder Judicial”, “Comunas”, y “Órganos de control”. Varios de ellos se subdividen en capítulos. Así, el tercero, referido al Poder Legislativo, tiene cuatro: “Organización y funcionamiento”, “Atribuciones”, “Sanción de las leyes”, y “Juicio político”. El título cuarto, sobre el Poder Ejecutivo, cuenta con tres: “Titularidad”, “Gabinete”, y “Atribuciones y deberes”. El quinto, al respecto del Poder Judicial, posee seis: “Disposiciones generales”, “Tribunal Superior de Justicia”, “Consejo de la Magistratura”, “Tribunales de la Ciudad”, “Jurado de Enjuiciamiento” y “Ministerio Público”. E igual cantidad tiene el séptimo título, sobre Órganos de Control: “Disposiciones generales”, “Sindicatura General”, “Procuración General”, “Auditoría General”, “Defensoría del Pueblo” y “Ente Único Regulador de los Servicios Públicos”. De los 140 artículos y 24 cláusulas transitorias que integran esta Carta, 79 artículos se incluyen en esta segunda parte y 18 cláusulas transitorias se refieren a ellos.

REFORMA CONSTITUCIONAL

Las previsiones sobre reforma constitucional se encuentran al principio de este Libro Segundo, lo cual no responde a los modelos generalizados de las constituciones, que las ubican al final del texto o en la parte referida a la organización institucional. Tampoco mantiene el criterio de la Constitución Nacional, que las incluye entre las declaraciones iniciales.

El procedimiento resulta similar al nacional, ya que exige una Convención Constituyente. Es decir que no se acepta la alternativa de enmiendas por parte de la Legislatura, habitual en el Derecho comparado, que quita estabilidad al texto.¹ Se excluye la intervención del Jefe de Gobierno en la ley de declaración de necesidad de la reforma, pues se prohíbe su veto, lo que constituye un rasgo más de una concepción de mayor debilidad del Ejecutivo, sobre la que abundaré más adelante. Constituyen, en cambio, una mejora que encuentra numerosos antecedentes en el constitucionalismo provincial, las indicaciones sobre el contenido de dicha ley.

DERECHOS POLÍTICOS Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

También en discrepancia metodológica con buena parte de los ordenamientos similares, este Segundo Libro trata de los derechos políticos. Hubiera sido más acertado incluirlos con las restantes declaraciones de derechos, en la primera parte, para darle unidad a este objetivo central del constitucionalismo.

El primer tema de este Título son los partidos políticos, a los que se garantiza, entre otros aspectos, la competencia para postular candidatos. El artículo siguiente proclama el pleno ejercicio de los derechos políticos. El orden debería haber sido el inverso, pero las previsiones resultan acertadas, con excepción de la exclusividad de los partidos para proponer candidatos.² Cabe recordar con Dalla Via que “respecto al régimen de partidos políticos, la Ciudad de Buenos Aires adopta la Ley Orgánica de Partidos Políticos N° 23298, sin embargo cuentan con una ley propia de financiamiento de las campañas electorales N° 268”, y también que “la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no cuenta con ley electoral propia –debiéndose utilizar en su reemplazo el Código Electoral Nacional–”.³

1. Palazzo, Eugenio Luis, “Proceso constituyente y participación”, en *El Derecho Constitucional (EDCO)*, Buenos Aires, 2006, p. 590.

2. Creo Bay, Horacio, *Buenos Aires, Ciudad Autónoma*, Buenos Aires, Ed. Ciencias de la Administración, 1996, p. 56.

3. Dalla Via, Alberto, “Justicia Electoral local. La Ciudad y la Ley Orgánica de los Partidos Políticos”, ponencia en el II Congreso Internacional de Abogacía Estatal, Local y Federal. Disponible en: www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/dalla_via_ponencia.doc

Luego, en los artículos siguientes se regulan diversos esquemas de participación ciudadana: las audiencias públicas, la iniciativa popular, el referéndum obligatorio y vinculante, la consulta popular y la revocación de mandato. Las audiencias públicas fueron reglamentadas por la Ley N° 6 de 1998, que tuvo luego numerosas modificaciones; la iniciativa popular, por la Ley N° 40, también de 1998; el referéndum y la consulta popular, por la Ley N° 89 del mismo año; y la revocatoria, por la Ley N° 357 de 2000.

LA FORMA DE GOBIERNO

El modelo esencial, en cuanto estructura de poderes, es el presidencialista, que ha sido adaptado de la Constitución de los Estados Unidos, la de nuestro Gobierno Federal y los de las provincias. Implica una interpretación más rígida que la del parlamentarismo de la división de poderes tripartita: un Ejecutivo unipersonal elegido por el pueblo, un Legislativo también de elección popular y un Poder Judicial de gran independencia. Estos poderes no comparten a sus integrantes, y deben actuar en forma sucesiva en buena parte de las decisiones, conformando un sistema de frenos y contrapesos mediante el cual uno de ellos puede detener a otro. Este esquema se originó en la Constitución de Nueva York de 1777, la cual menciona que el cargo de gobernador, al que se inviste del supremo poder y autoridad ejecutiva del Estado, será elegido por los propietarios libres de este Estado (artículo XVII).⁴ Precisamente el reclamo más fuerte de los porteños, en los años anteriores a 1994, era poder elegir a su Jefe de Gobierno (entonces Intendente) ante la previsión de la Constitución vigente de que tal decisión estaba en manos del Presidente de la Nación como “jefe inmediato y local de la Capital Federal”.

Las normativas estatales previas a la de Nueva York, comenzando por la Constitución de Virginia de 1776, se inclinaban por un esquema directorial con un Ejecutivo elegido por la asamblea, que había sido el habitual en las repúblicas desde el medioevo, con Ejecutivos uni o

4. Las características del gobernador en esa Constitución son citadas en *El Federalista* como el antecedente más importante de la figura del Presidente, refutando a quienes sostenían que la creación de este cargo estaba inspirada en el monarca inglés.

pluripersonales nombrados y controlados por los poderes legislativos. Pensilvania concordaba en cuanto a un Ejecutivo directorial, pero era colegiado. En la mayoría de aquellas cartas directoriales, las legislaturas eran bicamerales y además existía un consejo de Estado, que contribuía al control del gobernador.⁵ A partir de la citada Constitución de Nueva York de 1777 se inició una renovación de esos textos, otorgando mayores poderes a los ejecutivos.

En nuestro país, este tipo de gobierno se consolidó a partir de la Constitución Nacional de 1853 y las de las provincias posteriores a ella. No obstante, tradiciones caudillescas, recomendaciones de Alberdi a partir de su admiración por la Constitución de Chile de 1833 (país en el que vivía) y la necesidad de una autoridad concentrada para enfrentar sucesivas crisis han originado una singular fortaleza del órgano ejecutivo tanto en la Nación como en las provincias, que ha llevado a calificar el modelo como *presidencialismo reforzado* e incluso *hiperpresidencialismo*.

Desde el retorno a las instituciones democráticas, a principios de los ochenta, muchos intelectuales y políticos han propiciado limitar la concentración de poderes en los ejecutivos, para lo cual se han propuesto desde adoptar el sistema parlamentario⁶ hasta mecanismos de atenuación menos tajantes. Ello se intentó sin éxito en la reforma nacional de 1994, y con mejores resultados en el novedoso Estatuto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996, al que por ello me parece adecuado calificar, en comparación con el resto, de *presidencialismo equilibrado*. Señala con acierto Sagüés:

En términos generales puede decirse que la estructura de poder de la Constitución-Estatuto porteña es más equilibrada y perfeccionada que la Constitución Nacional. Ha acotado, sobre todo, las atribuciones del Poder Ejecutivo, en particular en materia de legislación delegada y decretos de necesidad y urgencia, o promulgación parcial de leyes, a la par que refuerza los mecanismos de control, se prohíben las sesiones

5. Tarr, G. Alan, *Comprendiendo las constituciones estatales*, UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual, p. 130; Palazzo, Eugenio Luis, "Bicentenario del primer ejecutivo unipersonal", en *El Derecho Constitucional (EDCO)*, Buenos Aires, 2014, p. 261.

6. El parlamentarismo no se adapta a los criterios de legitimidad imperantes en América Latina, donde los pocos intentos de imponerlo fracasaron (Palazzo, Eugenio, "Raíces Histórico Políticas del Régimen Presidencialista Argentino", Mención Especial del Premio Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, publicado en los *Anales* de dicha Academia - T. XVI, 1987).

secretas, etcétera. E intenta darle un sentido ético más profundo, con dispositivos como prohibición de gastos reservados, secretos o análogos (artículo 53), obligación de los funcionarios de presentar una declaración jurada de bienes al asumir y al cesar (artículo 56), eliminación de los regímenes jubilatorios de privilegio (artículo 44), tope del 1,5% del total general de gastos para el presupuesto de la Legislatura (artículo 75), posibilidad de procesar a los diputados (artículo 78), etcétera. Se trata de un indispensable paquete de medidas para sanear el aparato estatal y rescatar a una clase política notoriamente devaluada en lo que hace a su legitimidad social.⁷

En el devenir político, un factor que ha ayudado a evitar el predominio del Jefe de Gobierno de la Ciudad es que, salvo en el caso de la primera Legislatura, electa en 1997, ningún partido logró la mayoría de las bancas. Pero, por otra parte, ello no obstaculizó la gobernabilidad pues siempre los oficialismos obtuvieron una cómoda primera minoría que les permitió acuerdos con otras fuerzas para facilitar la labor. La instancia más crítica fue la destitución mediante juicio político del Jefe de Gobierno Aníbal Ibarra, el 7 de marzo de 2006. La decisión de la Sala de Juzgamiento fue adoptada por diez votos en favor, cuatro en contra y una abstención, y se basó en la causal de mal desempeño en la función pública en el caso de la tragedia del local República Cromañón, donde murieron 193 personas el 30 de diciembre de 2004.

No obstante el cargo otorga notoriedad y su buen desempeño un gran prestigio, como se advierte a partir del hecho de que dos de los cuatro que accedieron a él mediante elección popular fueron posteriormente electos presidentes de la Nación.

LOS ORGANISMOS DE DEFENSA DE LA LEGALIDAD

Una forma de control que ha adquirido rango constitucional en el Derecho comparado superando la división tripartita es la *defensa de la legalidad*, que responde a la necesidad de un nuevo equilibrio constitucional concebido para “fortalecer y extender la estructura de pesos y contrapesos, que, históricamente, ha sido relativamente débil en América

7. Sagüés, Néstor Pedro, “Introducción y comentario”, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 53.

Latina, y así mejorar la gobernabilidad democrática”.⁸ Consiste en revisar, *a priori* o *a posteriori*, los actos y las conductas de funcionarios y particulares a efectos de señalar su conformidad u oposición al ordenamiento jurídico, detectar delitos o irregularidades administrativas y propiciar, ante los órganos competentes, la corrección del proyecto o las medidas sancionatorias o correctivas que correspondan. Con atribuciones de este tipo, se han incluido en la reforma nacional de 1994 el Ministerio Público, la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo, y en el régimen de la Ciudad de 1996, el Ministerio Público, dentro del título del Poder Judicial, y en un título específico sobre Órganos de Control, la Sindicatura General, la Procuración General, la Auditoría General, la Defensoría del Pueblo y el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos.

Se trata de órganos que carecen, en su mayoría, de facultades decisorias, o en los cuales estas son muy escasas, pues se limitan a investigar los hechos, asesorar, efectuar denuncias, acusaciones, defensas, observaciones, sugerencias ante los jueces, la Legislatura u organismos de la administración activa. Por ello parece más adecuado definir su tarea como “defensa de la legalidad”, antes que como “control de legalidad”,⁹ que es la denominación que más se utiliza.

La Constitución o Estatuto encomienda al Ministerio Público “promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica” (artículo 125, inciso 1). Lo integran, como cabezas: el Fiscal General, el Defensor General y el Asesor General de Incapaces. Fue organizado a través de la Ley N° 1903 de 2005. Se sigue debatiendo en la doctrina y el Derecho comparado si debe encontrarse en la órbita del Poder Judicial, del Ejecutivo, o fuera de ambos. El modelo presidencialista norteamericano se inclina por la segunda alternativa. Nuestra tradición jurídica lo ubicaba en el ámbito judicial, como lo hace la Ciudad. La reforma de 1994 lo emancipó de ambos. En realidad, su necesaria independencia de criterio se relaciona

8. Ackerman, John M., *Organismos autónomos y democracia. El caso México*, Ciudad de México, Siglo XXI - UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 18; Bidegain, Carlos María, *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, T. III, p. 132.

9. Palazzo, Eugenio Luis, “Órganos extrapoderes e intrapoderes en la reforma constitucional de 1994”, LL 1996-C, p. 1095.

más con garantías suficientes para ella y con el prestigio y conciencia del rol que deben tener sus integrantes que con su ubicación en el organigrama institucional.

El control presupuestario, contable, financiero, económico, patrimonial, legal y de gestión se encuentra a cargo, en lo interno, de la Sindicatura General, que integra el organigrama del Ejecutivo, y en lo externo, de la Auditoría General, incluida en el ámbito de la Legislatura. Alcanza a todas las jurisdicciones cualquiera fuera su modalidad de organización, e incluye pronunciarse sobre la cuenta de inversión. La Ley N° 70, de 1998, de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público fija el ámbito de competencia y funciones de ambos organismos. Ellos sustituyeron al Tribunal de Cuentas de la Municipalidad de Buenos Aires, que examinaba las cuentas de percepción, gastos e inversión de las rentas municipales, determinaba los funcionarios responsables, inspeccionaba y auditaba oficinas, adoptaba medidas para evitar irregularidades, también emitía opinión sobre la cuenta de inversión, y efectuaba el contralor de gestión de la ejecución del presupuesto. Es decir que, como ocurre con el Estado Nacional y la Provincia de Salta, la Ciudad abandonó el sistema del control preventivo a cargo del Tribunal de Cuentas, sustituyéndolo por un control dual (interno y externo), pero *a posteriori*, siguiendo el modelo angloamericano. El esquema del Tribunal de Cuentas, de origen europeo, se encuentra vigente, en cambio, en el resto de las provincias.

La Procuración General es un organismo de control que tiene a su cargo dictaminar sobre la legalidad de los actos administrativos y actuar en defensa del patrimonio de la Ciudad. Representa a la Ciudad en todo proceso en que se controviertan sus derechos o intereses. La Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, mediante la Ley N° 1218, de 2003, fijó sus obligaciones, deberes, atribuciones y competencia.

Como la necesidad de asesoramiento jurídico y defensa en juicio son datos permanentes de toda organización institucional, la función y un organismo específico para ejercerla existieron con mucha antelación. Bajo la denominación de Procuración General, fue creada por el Decreto N° 1742 de 1983 en reemplazo de la, por entonces, Dirección General de Asuntos Jurídicos dependiente de la Secretaría de Gobierno de la Municipalidad, que tenía a su cargo la atención de los servicios jurídicos de la Ciudad de Buenos Aires y era continuadora, a través de distintas deno-

minaciones, de la primitiva Asesoría Legal (cuyo primer Asesor Letrado fue el Dr. Manuel Bonifacio Gallardo, designado en 1857).

La Defensoría del Pueblo tiene como misión, de acuerdo con el artículo 137 del texto supremo local, la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en las normas nacionales y de la Ciudad, frente a los actos, hechos u omisiones de la administración o de prestadores de servicios públicos. Podría haberse incluido una mención a los tratados internacionales, aun cuando las remisiones de los textos citados la suplen. El artículo citado le reconoce también iniciativa legislativa, además de su legitimación procesal, es decir, mayores atribuciones que su par nacional. Una de las primeras leyes de la Ciudad, la N° 3 de 1998, regula su funcionamiento.

El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos está mencionado en la primera parte del Estatuto Organizativo, dentro del Título II –Políticas especiales– y como único artículo del Capítulo Decimoquinto –Consumidores y usuarios–. En concreto, en el artículo 46, que le otorga como misión promover “mecanismos de participación de usuarios y consumidores de servicios públicos de acuerdo a lo que reglamente la ley”. En la segunda parte, que nos ocupa ahora, el Título VII –Órganos de control– le dedica el Capítulo Sexto, que contiene los artículos 138 y 139. El Ente tiene como premisa fundamental la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto. A mediados de 1999, mediante la Ley N° 210 se reglamentó esta institución y se definieron su objeto, funciones, conformación, marco procedimental y sanciones. Las previsiones de la Norma Fundamental de la Ciudad y de la Ley N° 210 permiten apreciar que el Ente tiene mayores funciones de fiscalización que de regulación.¹⁰

LAS COMUNAS

Una novedad de gran importancia y tardía puesta en marcha del texto de 1996 fue la distribución territorial en Comunas, definidas

10. Scarano, Luciano y Szczyry, Romina, Ponencia: “El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires en su rol de contralor del servicio público de transporte automotor de pasajeros”, Derechos Humanos en el Derecho Público Local, 4° Congreso de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

como “unidades de gestión política y administrativa con competencia territorial”. Ejercen funciones de planificación, ejecución y control, en forma exclusiva o concurrente con el Gobierno de la Ciudad, respecto de las materias de su competencia. Se previó que una ley sancionada con mayoría de dos tercios del total de la Legislatura estableciera su organización y competencia, para preservar la unidad política y presupuestaria y el interés general de la Ciudad y su gobierno. Esa ley también debía delimitar estas unidades territoriales descentralizadas, garantizando el equilibrio demográfico y considerando aspectos urbanísticos, económicos, sociales y culturales.

Recién en las elecciones de 2011, luego de muchas idas y venidas, se pusieron en marcha. Ya se encontraban reguladas por la Ley N° 1777, Orgánica de Comunas, que fue modificada por la Ley N° 3802 sancionada el 12 de mayo de 2011.

Constituyen una nueva división política administrativa de la Ciudad basada en unidades de gestión a escala barrial. En realidad, cada una abarca uno o más barrios con similares características históricas, culturales y urbanísticas.

De acuerdo con los textos citados, los miembros de la Junta Comunal son elegidos en forma directa y con arreglo al régimen de representación proporcional por los ciudadanos domiciliados en la comuna. Cada una de ellas constituye un distrito único. Quien resulta ganador preside la junta y los miembros restantes atienden alguna de las áreas específicas de la gestión que realiza la comuna, como por ejemplo el área de participación ciudadana o la de control comunal. La convocatoria a elecciones de integrantes de las juntas comunales le corresponde realizarla al Jefe de Gobierno.

Lo que más importa es que la consolidación, a partir de los pocos años transcurridos desde la efectiva puesta en marcha de este mecanismo de participación muy novedoso en nuestra ciudad, rinda frutos útiles no solamente en lo administrativo, sino también en lo político. No se puede ocultar que las candidaturas no han sido tema en las sucesivas campañas electorales y que muchos visualizaron las comunas como una estructura administrativa o de política partidaria más. Han brindado soluciones a problemas prácticos de los vecinos, pero no han generado liderazgos ni participaciones entusiastas.

TÍTULO PRIMERO

Reforma Constitucional

Artículo 60

La necesidad de reforma total o parcial de esta Constitución debe ser declarada por ley aprobada por mayoría de dos tercios del total de los miembros de la Legislatura. Esta ley no puede ser vetada por el Poder Ejecutivo. La reforma sólo puede realizarse por una Convención Constituyente convocada al efecto.

La ley que declara la necesidad indica en forma expresa y taxativa los artículos a ser reformados, el plazo de duración de la Convención Constituyente y la fecha de elección de los constituyentes.

EL PODER CONSTITUYENTE REFORMADOR Y EL ARTÍCULO 60 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CABA

Por Cecilia María de la Torre

La Convención de 1996 insertó al comienzo del Libro Segundo de la Constitución un título referido exclusivamente a la reforma constitucional. Allí, en un único artículo, se reguló el ejercicio del llamado poder constituyente derivado. El tratamiento que se dio a este importante tema durante los debates en la Convención fue más bien escueto. En efecto, el capítulo correspondiente a la reforma constitucional fue discutido y aprobado durante una sola sesión, el 26 de septiembre de 1996. Un repaso del Diario de Sesiones muestra que las únicas referencias que se hicieron en esa sesión sobre el tema fueron las siguientes:

1. Luego de leídos los dictámenes de la comisiones de Redacción y Normas de Gobernabilidad para la Transición, y de Poder Legislativo y Poder Constituyente, la convencional Clorinda Yelicic informó que en el tema del poder constituyente el dictamen de mayoría se había guiado por constitucionalistas como Sánchez Viamonte y Sagüés, así como por las doctrinas de Alberdi. Yelicic resaltó que para todas esas doctrinas, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos era fundamental. Y destacó que “estos principios básicos se han incorporado al dictamen

en mayoría, ya que una reforma a la Constitución que vamos a sancionar solamente podrá realizarse por una Convención Constituyente convocada a estos efectos”.¹

2. A su vez, durante la exposición de uno de los dictámenes de minoría, el convencional Raúl Garré propuso la introducción del mecanismo de enmiendas. La propuesta consistía en poder efectuar modificaciones a la Constitución directamente a través de la propia Legislatura. Esas modificaciones podrían, eventualmente, quedar sujetas a ratificación posterior por vía de referéndum. La justificación de esta propuesta era la de “dotar de una mayor agilidad al proceso de reforma, posibilitando que ellas se puedan efectivizar sin necesidad de convocar a una Convención”.² Y esa agilidad se entendía necesaria debido a que la Constitución debía ser “una estructura esencialmente dinámica, viva y no muerta; es decir, producida por elementos en mutación y, por consiguiente, variable en sí misma”.³
3. La propuesta de Garré fue rechazada por Eduardo Jozami, quien afirmó que, sin perjuicio de que era una cuestión opinable, había buenas razones que fundamentaban el Despacho de Mayoría que, en lugar de optar por la flexibilización, exigía “el debate profundo que supone la posibilidad de una elección especial para convocar a una Convención Constituyente”.⁴
4. Finalmente, el convencional Alfredo Carella, luego de recordar “la clásica distinción entre constituciones rígidas y flexibles” y la diferenciación que existe entre poder constituyente y poderes constituidos,⁵ defendió la propuesta de impedir que el

1. *Diario de Sesiones. Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2016, T. 3, p. 34.

2. *Ibidem*, p. 130. Esta propuesta también fue apoyada por el convencional Enrique Rodríguez (ver p. 138).

3. *Ibidem*, p. 131.

4. *Ibidem*, p. 133.

5. “[L]a diferenciación entre el poder constituyente y los poderes constituidos reside en el establecimiento de un procedimiento especial más dificultoso y más solemne para la creación y reforma de la Constitución, distinto del empleado para la creación y reforma de las restantes normas. En impedir que los órganos que ejerce [sic] el poder constituido puedan mediante procedimiento ordinario ejercer el poder constituyente, consiste en definitiva la rigidez constitucional” (*Ibidem*, pp. 145 y 146).

Ejecutivo pudiera vetar la ley que declara la necesidad de una reforma: “sería un exceso ante una mayoría calificada de los dos tercios, que para esta cuestión el Ejecutivo tuviera el privilegio quasi monárquico de oponerse empleando el mencionado instrumento descalificatorio”.⁶

No hubo más referencias concretas sobre la cuestión. Finalizada la exposición del convencional Carella, luego de una serie de mociones de orden, la Convención votó y aprobó la redacción del artículo 60 de la Constitución.⁷

A fin de poder analizar en profundidad el contenido de este importante artículo de la Constitución, nos parece necesario reconstruir el marco teórico dentro del cual corresponde analizar la facultad de reforma constitucional. Para ello, en los puntos que siguen trataremos algunas cuestiones centrales relacionadas con el poder constituyente en general, su naturaleza y límites, intentando, en cada caso que sea posible, comparar el artículo 60 de la Constitución de la CABA con el artículo 30 de la Constitución Nacional (CN). Finalmente, analizaremos la espionosa cuestión del control judicial de las reformas constitucionales.

Para reconstruir el marco teórico señalado, a lo largo de este comentario intentaremos contestar los siguientes interrogantes: (i) ¿Qué es el poder constituyente?; (ii) ¿Cuál es el origen del concepto?; (iii) ¿Qué tipos de poder constituyente existen?; (iv) ¿Qué es el poder preconstituyente y cuáles son las etapas del mecanismo de reforma de la Constitución?; y (v) ¿Qué límites tiene el poder constituyente y, en su caso, a quién corresponde hacerlos efectivos?

EL PODER CONSTITUYENTE. CONCEPTO, ORIGEN Y TIPOS

Concepto

El poder constituyente es la facultad, potencia o energía inherente a toda comunidad política soberana para constituir y organizar su

6. *Ibidem*, p. 146.

7. *Ibidem*, p. 148.

ordenamiento jurídico-político fundamental mediante la sanción o reforma de una Constitución.⁸

En el Estado constitucional, el titular del poder constituyente es el pueblo en su carácter de comunidad política soberana.⁹ Esa titularidad es más compleja en los regímenes federales: Alberdi explicaba que

... todo el poder emana del pueblo. La soberanía le pertenece originariamente. Pero el pueblo delega su ejercicio en autoridades que son su representación, y que forman, por lo tanto, lo que se llama el *gobierno representativo*. En un sistema mixto de central y provincial, el pueblo divide en dos partes el ejercicio de su soberanía: ejerce una de ellas solidariamente con las demás provincias, [...] y desempeña la otra aislada y separadamente por medio de autoridades locales...¹⁰

Vanossi destaca que en el preámbulo de las constituciones:

... está contenida la más clara definición sobre el sujeto o titularidad del poder constituyente. En el caso de la Constitución argentina, surge nítidamente del comienzo y parte final del preámbulo, cuando dice: “Nos, los representantes del *pueblo* de la Nación Argentina (...) *ordenamos, decretamos y establecemos* esta Constitución para a Nación Argentina”.¹¹

Del mismo modo, en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del Preámbulo de la Constitución surge la titularidad del poder constituyente local cuando se refiere a “[l]os representantes del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires...”. Esto implica, tal como sostiene Vanossi, una categórica afirmación de titularidad democrática y no autocrática del poder constituyente, imprescindible para la interpretación del mecanismo de reforma constitucional.¹²

8. Cfr., entre otros, Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 3° ed., 2003, T. I, p. 115.

9. Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Teoría empírica de las instituciones políticas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, T. II, p. 454.

10. Alberdi, Juan Bautista, “Elementos del Derecho Público Provincial Argentino”, *Organización de la Confederación Argentina*, Madrid, Casa Editora Pedro García y Cía., 1913, T. I, p. 343. Énfasis en el original.

11. Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Teoría constitucional. Teoría constituyente. Poder constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*, Buenos Aires, Depalma, 2° ed., 2000, T. I, p. 284 (destacado en el original).

12. Ídem.

En definitiva, dadas las características del régimen federal, en el que coexisten dos órdenes jurídicos superpuestos (el federal y el provincial), en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el poder constituyente corresponde a la parte del pueblo que habita el territorio local.¹³

Origen

La doctrina suele señalar a Emmanuel Joseph Sieyès, religioso, escritor y político francés nacido en Fréjus, Provenza en 1748, como el autor que dio origen a este concepto. En su obra más conocida, *¿Qué es el tercer Estado?*, Sieyès señalaba que

La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella sólo existe el derecho natural. Si queremos una idea justa de la serie de leyes positivas que no pueden emanar sino de su voluntad, vemos, en primer término, las leyes constitucionales, que se dividen en dos partes: las unas regulan la organización y las funciones del cuerpo legislativo; las otras determinan la organización y las funciones de los restantes poderes. Estas leyes son llamadas fundamentales, no en el sentido de que puedan hacerse independientes de la voluntad nacional, sino porque los poderes u órganos que existen y actúan por ellas no puedan tocarlas. *En cada parte, la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente.* Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación. Es en este sentido en el que las leyes constitucionales son fundamentales.¹⁴

Si bien es cierto que es en la obra de Sieyès donde el concepto es definido por primera vez desde el punto de vista teórico, no puede desconocerse que, en realidad, es en los Estados Unidos donde se separa por primera vez el poder constituyente del resto de los poderes de gobierno, incluido el Poder Legislativo.¹⁵ Y esa novedad estuvo lejos de ser la primera que aportó la Revolución Norteamericana. Antes de 1787 no había país en el mundo regido por una Constitución escrita que limitara el accionar de los poderes de gobierno. Tampoco existía una

13. Sánchez Viamonte, Carlos, *Derecho Constitucional. Poder Constituyente*, Buenos Aires, Kapelusz, 1945, T. I, p. 382.

14. Sieyès, Emmanuel Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers état?*, París, Éditions du Boucher, 2002, p. 53 (el destacado es nuestro).

15. Cfr. Linares Quintana, *op. cit.*, p. 456.

Constitución hecha por y para el pueblo. Aquí nace un nuevo Derecho Constitucional, de características completamente originales.¹⁶

La convención de Filadelfia de 1787 puede considerarse entonces como la consagración institucional del poder constituyente. Allí se sancionó una Constitución a la que se le imprime el carácter de permanente y que da estabilidad y límites a las instituciones de gobierno.¹⁷ Los autores de la Constitución estadounidense previeron poder hacerle enmiendas, pero no contemplaron la posibilidad de hacer una revisión total, uno de los pocos puntos en los que nuestro sistema se apartó del ejemplo estadounidense, tanto a nivel nacional (artículo 30, CN) como local (artículo 60, Constitución CABA).

Tipos

El poder constituyente se clasifica, tradicionalmente, en originario y derivado. El poder constituyente es originario cuando se refiere a la etapa fundacional del ordenamiento jurídico-político, para darle nacimiento y estructura y fijar los límites del ejercicio del poder.¹⁸ Implica la capacidad de dictar la Constitución del Estado recién constituido o, en forma revolucionaria en un Estado ya existente, cambiar la estructura jurídico-política en vigencia sin respetar la lógica de los antecedentes.¹⁹ El poder constituyente derivado o de reforma, en cambio, es la atribución de reformar total o parcialmente ese ordenamiento cuando sea necesario. Es el poder que se ejerce para reformar la constitución jurídica de un Estado. Este poder se ejerce en función de una habilitación constitucional expresa.²⁰

16. Jiménez Asensio, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2° ed., 2003, pp. 47 y 48.

17. Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 109.

18. Cfr. Sabsay, Daniel Alberto, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 35.

19. Según Spota, toda vez que una fuerza o facción logre, a expensas de las instituciones, de los procesos y de los procedimientos jurídicos, imponer un nuevo orden jurídico-político de base que sustituya en todo o en parte al depuesto, se habrá ejercido el poder constituyente originario (Spota, Alberto Antonio, *Origen y naturaleza del poder constituyente*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, pp. 7-40).

20. Cfr. Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2004, T. I, pp. 141 y 142.

La doctrina, a su vez, distingue entre lo que se denomina como poder constituyente de primer grado (correspondiente al Estado federal), de segundo grado (correspondiente a las provincias), de tercer grado (correspondiente a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), y de cuarto grado (correspondiente a los municipios). La distinción entre poder constituyente originario y derivado se aplica también a los distintos grados.²¹

La existencia de un mecanismo especial para la reforma de la Constitución marca la distinción entre constituciones flexibles, modificables o elásticas, por un lado, y rígidas, estacionarias o no elásticas, por el otro.²² El caso emblemático de una Constitución flexible es el de Gran Bretaña: el Parlamento británico puede modificar o dictar leyes constitucionales por el mismo mecanismo que aprueba una ley. No hay, entonces, distinción entre poder constituyente y poder legislativo ordinario. Así, el Parlamento británico parece ser una convención constituyente en sesión permanente. Por el contrario, al igual que ocurre con la CN, la de nuestra Ciudad es un caso típico de constitución rígida. Tal como surge del artículo 60 que estamos comentando, la Constitución no puede modificarse por el mismo trámite por el que se sancionan las leyes ordinarias. Sólo puede modificarse por un mecanismo complejo, con mayorías especiales, que involucra además de la Legislatura, a una Convención Constituyente. Así, la Constitución es más difícil de reformar que una ley común. La Legislatura, entonces, es titular y solamente ejerce el poder legislativo. No tiene ni puede ejercer el poder constituyente.

LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

La Legislatura como poder preconstituyente

De acuerdo con el mecanismo de reforma establecido en el artículo 60 de la Constitución de la CABA, la Legislatura es quien debe declarar la necesidad de la reforma parcial o total de la Constitución. No se trata del

21. Hernández (h), Antonio María, *El caso "Fayt"*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 25 y 26.

22. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Ciudad de México, UNAM, 2° ed., 1995, p. 307.

ejercicio de una facultad legislativa típica, sino de una facultad especial que algunos autores han denominado “preconstituyente”. Si bien la cuestión se encuentra debatida a nivel doctrinario,²³ no cabe duda de que el ejercicio de la facultad de poner en marcha el mecanismo de reforma constitucional no es el ejercicio de una facultad legislativa común, sino una especial por parte de la Legislatura a nivel local (y del Congreso a nivel nacional). Esa decisión resulta indispensable para habilitar una reforma constitucional.

Contrariamente a lo que ocurre con la CN, cuyo artículo 30 no aclara de qué forma es que el Congreso debe expresar su decisión de poner en marcha el mecanismo de reforma constitucional, el artículo 60 de la Constitución de la CABA aclara que la decisión de la Legislatura se expresa por ley y que esa ley no puede ser vetada.²⁴ Si bien podría resultar criticable esta solución del constituyente local, lo cierto es que esa supuesta dificultad queda salvada al aclarar que, a diferencia de lo que ocurre con el resto de las leyes, el Poder Ejecutivo no puede ejercer su derecho de veto en este caso.

La decisión del constituyente local fue correcta. Resulta evidente que la atribución que ejercen tanto la Legislatura como el Congreso en el marco de un proceso de reforma constitucional no es de carácter legislativo. Por ende, no puede ser objeto de un veto por parte del Presidente. Así lo entendió, ya en 1798, la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Hollingsworth v. Virginia”.²⁵ La solución adoptada por los convencionales porteños en 1996 evita la posibilidad de futuras discusiones innecesarias al imponer un límite al poder de veto en este caso.

Finalmente, cabe destacar una nueva diferencia: el artículo 30 de la CN no aclara cómo se cuenta la mayoría de “dos terceras partes” que corresponde aplicar.²⁶ Por el contrario, el artículo 60 de la Constitución

23. Para una explicación de la teoría y sus críticas, ver: Miqueo Ferrero, Ernesto J., *La reforma constitucional (Artículo 30 CN)*, Buenos Aires, El Coloquio, 1970, pp. 21-26.

24. Sobre la discusión a nivel nacional, ver, entre otros: Badeni, Gregorio, *op. cit.*, pp. 149-153.

25. En su voto, el Justice Chase explicó que “the case of amendments is evidently a substantive act, unconnected with the ordinary business of legislation, and not within the policy, or terms, of investing the President with a qualified negative on the acts and resolutions of Congress” (3 U.S. (3 Dall.) 378, p. 381 [1798]).

26. Al respecto, ver: “Estudio sobre el alcance del artículo 30 de la Constitución Nacional. Declaración acerca del plebiscito consultivo sobre la reforma constitucional”, Separata

de la CABA no deja lugar a dudas al fijar la mayoría especial para que la Legislatura pueda aprobar la ley que declara la necesidad de la reforma. Esa ley debe ser aprobada por mayoría de dos tercios del total de sus miembros. Nuevamente, los convencionales de 1996 fueron previsores y apelaron a una depurada técnica constitucional que, en caso de reforma de la Constitución, evitará las discusiones que existen al respecto en el ámbito nacional.

En cuanto a las etapas del proceso de reforma constitucional, si bien el artículo 60 de la Constitución de la CABA no hace referencia concreta a esas etapas lo cierto es que, al igual que ocurre con el mecanismo de reforma a nivel nacional, podríamos dividir el proceso en tres: (a) iniciativa o declaración, que corresponden a la Legislatura a nivel local y al Congreso a nivel federal; (b) revisión, discusión y aprobación, donde se produce la reforma propiamente dicha, etapa en la que interviene la Convención Constituyente, tal como prevén ambos ordenamientos constitucionales; y (c) ratificatoria o de eficacia, que obviamente no está prevista en el texto de la Constitución.

Sobre este último punto, vale la pena recordar la polémica que sostuvieron Bartolomé Mitre y Juan Francisco Seguí durante los debates relacionados con la reforma constitucional de 1860. Mitre sostenía que

Una cosa es la Constitución escrita y otra la Constitución en práctica. Una cosa es el libro, y otra cosa es el libro convertido en hecho. Nosotros no vamos a juzgar del mérito de un libro, sino de la bondad de ese libro comprobado por la práctica, que es en este caso la piedra de toque de los artículos que exigen reforma, para prevenir la repetición de nuevos abusos. Si la práctica coincide con la teoría y esta es buena, la reforma es inútil. Pero si la práctica no corresponde a la bondad aparente de la teoría, entonces es indispensable armonizar una y otra, y esto sólo puede obtenerse por medio de la reforma.

Seguí rechazó la postura de Mitre en estos términos:

Tales son las proposiciones que con el aire de axiomas sienta el Sr. Mitre, y que sin embargo son completamente falsas en el orden lógico, moral y político. (...) El abuso práctico de una ley no es argumento serio contra ella. (...) De nada se ha abusado más que de las instituciones religiosas. Si el Evangelio debiera ser juzgado por la conducta

de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1993, pp. 10-19.

de sus servidores, tendríamos que ocurrir al Cielo para que bajara de nuevo Dios a reformar su Código (...). No es la letra escrita la verdadera garantía de las instituciones, sino la inteligencia y moralidad de los pueblos como reguladores de los gobiernos. Cuando las leyes de carácter fundamental se violan impunemente por los que mandan, o por los que obedecen, la enfermedad no está en su texto, sino en el organismo material y moral de la sociedad en que ellas rigen. Para esa enfermedad, los artículos más o menos claros no son el remedio, sino la propaganda eficaz, aunque lenta, de las buenas doctrinas que moralizan las costumbres, y levantan la esfera común de las ideas sobre libertad, obligaciones y derechos.²⁷

Límites del poder constituyente reformador

El artículo 60 de la Constitución de la CABA establece, al igual que la CN, que la reforma sólo puede realizarse por una Convención Constituyente “convocada al efecto”. A su vez, faculta a la Legislatura a imponer límites a la Convención en cuanto a los artículos de la Constitución a ser reformados, el plazo de duración de la Convención y la fecha de elección de los constituyentes.

Bajo nuestro sistema constitucional, tanto a nivel local como a nivel federal, las facultades de una Convención Constituyente reformadora son limitadas. ¿De dónde surgen esos límites? A nivel local, esos límites surgen claramente del texto del artículo 60. A nivel nacional, también, aunque con menor nitidez. Sin embargo, del mecanismo de reforma previsto en la CN surge lo siguiente:

Artículo 30. La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. *La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.* [El destacado nos pertenece].

La redacción tanto del artículo 30 de la CN como del artículo 60 de la Constitución de la CABA, al referirse a la posibilidad de la reforma “en el todo” o “total” de la Constitución, genera algunos problemas de interpretación que han dado lugar a un interesante debate.

27. Auza, Néstor J., *Juan Francisco Seguí-Bartolomé Mitre. Polémica sobre la Constitución*, Buenos Aires, Instituto Histórico de la Organización Nacional, 1982, pp. 155-162.

Bidart Campos, por ejemplo, sostiene que la expresión “en el todo” significa que cuantitativamente se pueden reformar todos los artículos, pero cualitativamente no: habría contenidos pétreos, supuestamente no reformables.²⁸ María Angélica Gelli, en cambio, con quien coincido, rechaza esa postura y sostiene que la Constitución no establece ese límite al poder de reforma y que, por ende, el constituyente reformador no tiene límites si se decide reformar la Constitución “en el todo”.²⁹ Esas discusiones se pueden trasladar a la Constitución de la CABA, cuyo artículo 60 tampoco aclara qué significa la posibilidad de “reforma total” de la Constitución. Evidentemente, la fijación a nivel teórico de los límites que podría tener una Convención a la hora de tener que hacer una reforma total de una Constitución depende de la noción de poder constituyente que se acepte. Para algunos, toda comunidad política, al ejercer este poder, está limitada por principios anteriores como la libertad, la dignidad de la persona humana y la justicia. Para otros, en cambio, con quienes coincido, la Constitución es clara al permitir la reforma total.³⁰ Y frente a una disposición constitucional expresa no corresponde que el intérprete suplante el claro texto de la Constitución.

Más allá de estas discusiones, nadie duda que son el Congreso y la Legislatura los órganos que “deben” habilitar, respectivamente, la reforma constitucional (sea parcial o total). El Congreso y la Legislatura tienen así un rol fundamental en este proceso: sin su previa declaración de la necesidad de los puntos a modificar, no puede haber una reforma constitucional válida. Sin embargo, en el caso de la Legislatura, el artículo 60 es preciso al establecer que la ley que declara la necesidad de la reforma debe indicar “en forma expresa y taxativa” los artículos

28. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2005, T. I, p. 379.

29. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 233 y ss.

30. Otra corriente rechaza la existencia de esos valores anteriores y se opone a la posibilidad de considerar que el poder constituyente derivado pueda ser limitado por factores externos. Para una sofisticada defensa de esa tesis, ver: Riberi, Pablo, “Límites sobre el poder constituyente: subjetividades y agonías del criptoconstitucionalismo”, en Núñez Leiva, J. Ignacio (editor), *Nuevas perspectivas en Derecho Público*, Santiago, UNAB, Librotecnia, 2011, pp. 91-146.

sujetos a reforma, lo que sin duda alguna significa una mejora en comparación con el texto a nivel nacional.

Al momento de declarar la necesidad de una reforma constitucional, entonces, son el Congreso o la Legislatura los que, actuando como poder preconstituyente,³¹ deben fijar de modo expreso los puntos acerca de los cuales se habilita esa reforma por parte de la Convención Constituyente. En el caso local, indicando expresa y taxativamente los artículos a ser reformados. Es lo que comúnmente se denomina “temario” de la reforma. La Convención Constituyente reformadora, sea a nivel local o a nivel federal, no es soberana, sino que sus poderes son esencialmente limitados: está obligada a ejercer sus funciones respetando, entre otros límites, la habilitación que le confiera el órgano habilitante, el Congreso o la Legislatura.³² En consecuencia, tal como explica González Calderón:

... la Convención reformadora tiene poderes limitados en cuanto al ejercicio de sus funciones: no puede modificar sino los puntos o artículos de la ley fundamental que han sido incluidos por el Congreso en la convocatoria. La doctrina contraria no podría ser sostenida por algún razonamiento serio. Pondría en conflicto evidente a la Convención con el Congreso y, ante todo, importaría un contrasentido constitucional: la declaración de la necesidad de reforma hecha por el Congreso, sobre tales o cuales puntos, sería completamente inútil.³³

En sentido similar, Spota explica que

... el poder reformador es un poder constituido jurídicamente. Como tal, condicionado en su legalidad y legitimidad, por el cumplimiento de la norma que habilita su existencia, actuación y desarrollo. Es por ello poder constituido, en la forma y manera que señala la norma constitucional originaria, para habilitar ese proceso de transforma-

31. Cfr. Oyhanarte, Julio C., “Imposibilidad de la proyectada reforma constitucional”, *Recopilación de sus Obras*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 284.

32. Cfr. Ramírez Calvo, Ricardo, “Los poderes del Congreso para limitar las facultades de las convenciones”, en *LL*, T. 1994-C, p. 726; Romero, César Enrique, *Derecho Constitucional (realidad política y ordenamiento jurídico)*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1975, T. 1, p. 304; Vanossi, Jorge Reinaldo A., *op. cit.*, p. 393; Badeni, Gregorio, *op. cit.*, p. 143; etc.

33. González Calderón, Juan A., *Derecho Constitucional argentino. Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*, Buenos Aires, J. Lajouane & Cía., 3ª ed., 1930, T. I, p. 366.

ción. Los pasos pre-reformadores que la Constitución establece, deben ser cumplidos, estrictamente, para producir los cambios parciales o totales de la norma base. Ello en cumplimiento de los presupuestos que hacen al principio de la lógica de los antecedentes.³⁴

Sin embargo, autores como Quiroga Lavié sostienen que

... si el llamado poder constituyente derivado se sujeta a normas y limitaciones cuando reforma la Constitución, lo hará porque le resulta conveniente o porque por razones de oportunidad política no juzga beneficioso apartarse de ellas (lo cual equivale a decir que no puede –de hecho– comportarse de otra manera), pero no porque la Constitución se lo imponga, pues, si fuera así, los desvíos del constituyente derivado deberían ser declarados inconstitucionales por otro poder que pasaría a ser, automáticamente, el poder constituyente.³⁵

La diferencia entre el poder constituyente originario y derivado sería para esta doctrina simplemente de hecho: si se cumple con las restricciones es derivado, si no se cumple es originario.

La doctrina mayoritaria, sin embargo, es la que reconoce los límites de las convenciones constituyentes, tal como lo establece el propio artículo 60 de la Constitución de la CABA, que fija límites de contenido y tiempo a la Convención. Incluso el eminente constitucionalista Antonio María Hernández (h), quien se ha manifestado muy crítico respecto de la decisión adoptada por la Corte Suprema en el caso “Fayt”, sostiene igual postura. En el seno de la Convención Reformadora de 1994 afirmó:

A esta altura debo enunciar sintéticamente cómo interpretamos los alcances de las facultades de la Convención. Pensamos que la misma tiene una soberanía restringida. La Convención Constituyente es soberana para reformar la Constitución o no, y para hacerlo como lo juzgue conveniente. Pero siempre dentro de los límites establecidos por el poder preconstituyente que establece esta limitación temporal

34. Spota, Alberto Antonio, “Origen y naturaleza del poder reformador en un sistema de Constitución rígida. El artículo 30 de la Constitución Nacional”, *La Reforma Constitucional Argentina*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1994, p. 28.

35. Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978, pp. 46 y 47.

y material en el momento en que sanciona la declaración de necesidad de la reforma.³⁶

La discusión acerca de los límites del poder constituyente reformador no es nueva. Ya en la Convención nacional de 1898 el tema fue objeto de expreso debate, con motivo de la reforma del artículo 37 de la CN. Allí se presentaron proyectos que excedían la muy reducida habilitación que había hecho el Congreso en la ley declarativa de necesidad de la reforma. Al fundar uno de esos proyectos, el convencional Leguizamón sostuvo que la Convención era soberana y que no tenía límites a la hora de decidir y votar la reforma.³⁷ El convencional Molina, en cambio, argumentó que

... la reforma de la Constitución requiere dos factores conformes: la voluntad del Congreso nacional y la voluntad de la Convención nacional. Si ambos cuerpos no coinciden, si hay discrepancias en el alcance de la reforma entre la Convención y el Congreso nacional, no hay reforma posible, y entonces, yo sostengo que, limitada esta a una parte bien especificada del artículo 37, esta asamblea carece de jurisdicción y de competencia para ocuparse del resto del artículo o de cualquier idea que salga del estrecho límite que le ha trazado la ley del Congreso.³⁸

Esta última tesis fue la que prevaleció en esa Convención de 1898, que rechazó reformar el artículo 37 de la CN más allá de la estrecha habilitación de la ley declarativa de la necesidad de la reforma. Queda claro, entonces, que la Convención reformadora tiene libertad y autonomía para decidir, por ejemplo, no reformar nada o reformar solamente algunos de los puntos del temario habilitado por el poder preconstituyente, sea el Congreso o la Legislatura. Pero el límite es esa habilitación concreta, que circunscribe y restringe claramente la actuación de la Convención reformadora. Tal como explicó la Corte Suprema en el caso “Ríos”:

36. *Obra de la Convención Nacional Constituyente*. 1994, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Buenos Aires, *La Ley*, 1997, T. I, p. 585. Cabe aclarar que para Hernández (h) los jueces no tienen facultades para controlar el respeto de esos límites por parte de la Convención.

37. *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Buenos Aires, Peuser, 1938, T. V, p. 809.

38. *Ibidem*, p. 810.

... es menester poner de relieve que, de ningún modo, los poderes conferidos a la Convención Constituyente pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquellos se halla circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia.³⁹

En cuanto a la facultad de la Legislatura de limitar eventualmente la autonomía funcional de la Convención, la doctrina mayoritaria rechaza la intervención del Poder Legislativo y reafirma las facultades de la Convención para reglamentar su funcionamiento interno, lo que incluye la facultad de reglar la forma y organización de los debates, la forma de votar las distintas reformas y otras cuestiones similares.⁴⁰ Así, la Convención tiene amplias facultades para establecer su reglamento interno y ordenar su funcionamiento, sin que la Legislatura pueda limitarlas. Sin embargo, la Convención no puede interferir en la atribución legislativa de señalar el temario de la reforma, tal como lo dispone expresamente el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución de la CABA.

Finalmente, corresponde dilucidar la forma en que deben elegirse los convencionales y qué requisitos deben cumplir, a su vez, para poder integrar las convenciones reformadoras. Sobre el primer punto, cabe destacar que, a diferencia nuevamente del artículo 30 de la CN, el artículo 60 establece de forma explícita que los constituyentes deben surgir de una elección. Sobre el segundo punto, autores como Badeni consideran que debido a la independencia que deben tener los convencionales frente a los órganos ordinarios de gobierno, la CN:

... no permite la incorporación a la Convención de aquellas personas que en ese momento integran los órganos legislativo, ejecutivo y judicial de la Nación, salvo que renuncien a estos cargos. La incompatibilidad es extensible a quienes ejercen similares cargos en las provincias y a quienes, como legisladores, participaron en la votación que dispuso la necesidad de la reforma.⁴¹

39. CSJN, "Ríos, Antonio Jesús", Fallos: 310:819.

40. Cfr., entre otros: Badeni, Gregorio, *op. cit.*, p. 166.

41. *Ibidem*, p. 168.

Sin embargo, tanto a nivel nacional,⁴² como a nivel provincial,⁴³ la práctica constitucional no ha reconocido esa limitación.

REVISIÓN JUDICIAL DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

A nivel nacional, hasta el conocido caso “Fayt”, la doctrina de la Corte Suprema acerca de la posible revisión judicial del procedimiento para la sanción de la reforma constitucional y la aplicación del reglamento de la Convención era que se trataba de cuestiones políticas no justiciables, ajenas a la competencia de los jueces.⁴⁴

En “Fayt” la Corte Suprema cambió de criterio. Y lo hizo al comprobar que la Convención Constituyente reformadora de 1994, en el punto referido a la edad en que los jueces federales deberían requerir un nuevo acuerdo, se había apartado de la habilitación que le diera el Congreso y había violado así sus límites. En el Considerando 15 del fallo, la Corte sostuvo que la reforma en cuestión no se puede aplicar

... por vicio de nulidad absoluta, en virtud de haberse configurado un manifiesto exceso en las facultades que disponía la Convención, conforme el procedimiento reglado por el artículo 30 de la Constitución Nacional y a lo dispuesto en la declaración de necesidad instrumentada mediante la Ley 24309.⁴⁵

En idéntico sentido, en el Considerando 16 la Corte reconoció que se había comprobado que la reforma en este punto era “fruto de un

42. Ver artículo 11, Ley N° 24309: “Para ser convencional constituyente se requiere haber cumplido 25 años, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella, siendo incompatible este cargo únicamente con el de miembro del Poder Judicial de la Nación y de las provincias”.

43. Ver, por ejemplo, Ley provincial N° 5692 de la provincia de Corrientes (art. 9: “(...) No rigen las incompatibilidades previstas en el artículo 52, pudiendo ser Convencional Constituyente cualquier integrante de los Poderes Públicos, sean estos Nacionales, Provinciales o Municipales”); y Ley Provincial N° 6390 de la provincia de Santiago del Estero (Art. 1: “... determinase que el cargo de Diputado Provincial no es incompatible con el desempeño del cargo de Convencional Constituyente, cuando mediar autorización expresa de la Honorable Legislatura, en la que se concederá licencia especial para aquellos legisladores comprendidos en esta situación, mientras dure la Convención Constituyente”).

44. Ver CSJN, “Soria de Guerrero, Juana v. Bodegas y Viñedos Pulenta”, Fallos: 256:556.

45. CSJN, “Fayt”, Fallos: 322:1616, p. 1670.

ejercicio indebido de la limitada competencia otorgada a la Convención reformadora”.⁴⁶ En resumen: la reforma de la duración en el cargo de los jueces federales no estaba habilitada y el Congreso dispuso que la sanción para todos los casos en que la Convención se apartara del temario fuera la nulidad de la reforma. La Corte comprobó esa situación objetiva y verificó que la Convención había incurrido en ese vicio.⁴⁷

Sin perjuicio de lo expuesto, la revisión judicial de una reforma constitucional es un tema debatido y ciertamente conflictivo.⁴⁸ Esta cuestión no es novedosa y ya tuvo uno de sus primeros capítulos hace más de cincuenta años a través de los conocidos trabajos de Linares Quintana y Cueto Rúa.⁴⁹ Este último autor afirmaba categóricamente que “es posible declarar judicialmente la inconstitucionalidad de cualquier reforma constitucional, si para establecerla no se ha seguido el procedimiento establecido en la Constitución”.⁵⁰

Más modernamente, la decisión de nuestro más Alto Tribunal en “Fayt” ha dado lugar a numerosos trabajos a favor y en contra. El análisis más agudo y profundo fue efectuado por Antonio María Hernández (h), en su libro *El caso “Fayt”*.⁵¹ Simplificando quizá de for-

46. Ídem.

47. El alcance expansivo del fallo “Fayt” ha sido reconocido por varios autores; ver, entre otros: Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2° ed., 2002, T. 1 (“Génesis del Control”, “Legitimidad de los jueces”, “Dimensión política”, “El caso judicial”), p. 372.

48. En el ámbito del Derecho comparado, existen numerosos antecedentes de casos judiciales en países como Alemania, Austria, Estados Unidos, India, Irlanda, Nepal o Turquía. Al respecto, ver, entre muchos otros: Gözler, Kemal, *Judicial Review of Constitutional Amendments. A Comparative Study*, Bursa, Ekin Press, 2008, p. 28 y ss.; Rodríguez Gaona, Roberto, *El control constitucional de la reforma a la Constitución*, Madrid, Dykinson, 2006; Barak, Aharon, “Unconstitutional Constitutional Amendments”, en *Israel Law Review*, Vol. 44, 2011, p. 321; Roznai, Yaniv y Yolcu, Serkan, “An Unconstitutional Constitutional Amendment - The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court’s Headscarf Decision”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10, N° 1, 2012, p. 175; Stith, Richard, “Unconstitutional Constitutional Amendments: The Extraordinary Power of Nepal’s Supreme Court”, *American University International Law Review*, Vol. 11, No. 1, 1996, p. 47; etc.

49. Linares Quintana, Segundo V., “¿Puede una reforma de la Constitución ser inconstitucional?”, en *L.L.*, T. 34, p. 1153; Cueto Rúa, Julio, “¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?”, *LL*, T. 36, p. 1100.

50. Cueto Rúa, Julio, “¿Es posible...?” *op. cit.*, p. 1106.

51. Hernández (h), Antonio María, *El caso “Fayt”*, *op. cit.*

ma excesiva la opinión de este autor, vemos que afirma siguiendo a Konrad Hesse y su “principio de corrección funcional”, que

... el producto de una Convención Constituyente sólo puede ser revisado por otra Convención Constituyente, o sea por la misma jerarquía suprema de ejercicio de la soberanía popular. Nunca por los poderes constituidos, pues se encuentran en una situación inferior y aunque sea por el Poder Judicial e incluso por la más alta Corte del país.⁵²

Sin embargo, sostener que una reforma constitucional no puede ser revisada por el Poder Judicial (sea a nivel local o federal, dependiendo del caso) cuando se comprueba la violación de los límites impuestos por la misma Constitución, supone afirmar que una convención reformadora no tiene límites. Implica, además, una forma subrepticia de agredir el principio de supremacía constitucional, al permitir una violación del mecanismo de reforma fijado a nivel constitucional. Si bien es cierto que la soberanía popular constituye uno de los pilares básicos de la organización republicana, también es cierto que el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución. La importancia de los sistemas de control ha sido magistralmente estudiada por el español Manuel Aragón, quien ha dicho, con razón, que el control es:

... un elemento inseparable de la Constitución, del concepto mismo de Constitución. Cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su “realización”; ocurre, simplemente, que no hay Constitución.⁵³

Sin perjuicio de ello, dado que el poder constituyente que se ejercita en las provincias y la ciudad es de segundo y tercer grado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como poder constituido de primer grado, puede revisar la constitucionalidad de una Constitución provincial “a los fines de observar el cumplimiento de las bases prescriptas en la Carta Magna federal y asegurar la supremacía de dicho ordenamiento –poder constituyente de primer grado–, consagrado en el artículo 31”.⁵⁴

52. *Ibíd.*, p. 32.

53. Aragón, Manuel “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista española de Derecho Constitucional*, N° 19, 1987, p. 52.

54. Hernández (h), Antonio María, *El caso “Fayt”*, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

OBSERVACIÓN FINAL

Del análisis efectuado en los puntos anteriores, queda claro que los convencionales de 1996 tuvieron en cuenta el texto del artículo 30 de la CN a la hora de establecer el mecanismo de reforma de nuestra Constitución. Sin embargo, tuvieron la lucidez e inteligencia de aplicar una depurada técnica constitucional a la hora de redactar el artículo 60. De esta forma pudieron, por un lado, preservar lo mejor del modelo y, por el otro, mejorarlo en numerosos aspectos. Así, varias de las discusiones doctrinarias que existen en torno a la interpretación del artículo 30 de la CN no resultan aplicables al artículo 60 de nuestra Constitución, en especial en relación con la posibilidad o no de vetar la ley que declara la necesidad de la reforma, la mayoría calificada necesaria para sancionar la ley, los límites que pueden imponerse a la Convención reformadora, etc.

Sin perjuicio de lo expuesto, no cabe sino esperar que el día que se utilice el mecanismo de reforma de la Constitución, se lo haga con la prudencia del caso. En especial, teniendo en consideración la máxima de Alberdi:

... el principal medio de afianzar el respeto de la Constitución es evitar en todo lo posible sus reformas. Ellas pueden ser necesarias a veces; pero constituyen siempre una crisis pública, más o menos grave. Ellas son lo que las amputaciones al cuerpo humano; necesarias a veces, pero terribles siempre. Deben evitarse todo lo posible, o retardarse lo más. La verdadera sanción de las leyes reside en su duración. (...) Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución.⁵⁵

55. Alberdi, Juan Bautista, "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", *Organización de la Confederación Argentina*, Madrid, Casa Editora Pedro García y Cía., 1913, T. I, pp. 197-198.

TÍTULO SEGUNDO

Derechos Políticos y Participación Ciudadana

Artículo 61

La ciudadanía tiene derecho a asociarse en partidos políticos, que son canales de expresión de voluntad popular e instrumentos de participación, formulación de la política e integración de gobierno. Se garantiza su libre creación y su organización democrática, la representación interna de las minorías, su competencia para postular candidatos, el acceso a la información y la difusión de sus ideas.

La Ciudad contribuye a su sostenimiento mediante un fondo partidario permanente. Los partidos políticos destinan parte de los fondos públicos que reciben a actividades de capacitación e investigación. Deben dar a publicidad el origen y destino de sus fondos y su patrimonio.

La ley establece los límites de gasto y duración de las campañas electorales. Durante el desarrollo de estas el gobierno se abstiene de realizar propaganda institucional que tienda a inducir el voto.

LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Por Gustavo A. Vivo

INTRODUCCIÓN

Enmarcado en el artículo 1, que organiza las instituciones autónomas como democracia participativa y adopta la forma republicana y representativa de gobierno, el artículo 61 de Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA) receta, siguiendo el camino trazado por el Derecho Público provincial y la Constitución Nacional (CN), a los partidos políticos en el orden local.¹ Al hacerlo, atiende va-

1. Otras cláusulas constitucionales son complemento del art. 61: el art. 82, inc. 2 CCABA consigna como atribución de la Legislatura el dictado de la ley reglamentaria con mayoría de dos tercios del total de sus miembros, y el art. 103, 2º párrafo CCABA prohíbe expresamente al Poder Ejecutivo emitir disposiciones de carácter legislativo sobre el régimen de los partidos políticos. Ha sido clara la decisión del constituyente porteño de impedir que las reglas del juego democrático queden a expensas de una mayoría circunstancial en la Legislatura o en manos exclusivas del Jefe de Gobierno.

rias cuestiones: consagra derechos y define la naturaleza jurídica de los partidos. Paralelamente, describe las funciones que les competen y finalmente sienta las bases de su régimen jurídico.²

Claro exponente del modelo de constitucionalización de los partidos, revela la importancia reconocida por el constituyente porteño a estas entidades por ser la única forma de asociación a la que regula con tanto detalle la Constitución. Parece asumir la antigua definición: “De lo que los partidos sean, depende en gran medida la democracia en que actúan”.³

LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Se desprende claramente que los partidos políticos son reconocidos, en cuanto a su naturaleza jurídica, como una forma de asociación, lo cual supone estabilidad y una estructura orgánica que debe ser –así se garantiza– democrática.

Luego, con la atribución de sus roles, se explica el porqué de estos, su necesidad. Son “canales de expresión de la voluntad popular e instrumentos de participación, formulación de la política e integración de gobierno”. Los partidos se erigen como la herramienta central del ejercicio de la soberanía popular en orden a la formación de los poderes estatales que radican su autoridad en el pueblo. Bajo este prisma, si

2. Al igual que las provincias, la Ciudad de Buenos Aires (cfr. arts. 129 de la Constitución Nacional, 2 y 4 de la Ley N° 24588 –de Garantías al Estado Nacional mientras la Ciudad de Buenos Aires sea la Capital de la Nación–) es competente para legislar en materia de partidos políticos en la esfera local. Desde la instalación de la Legislatura, no ha sido sancionada la correspondiente ley. Consecuentemente, conforme la interpretación hecha por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires del art. 5 de la Ley N° 24588, la Ley nacional N° 23298 –Ley Orgánica de Partidos Políticos– es Derecho positivo local. Consecuentemente, los partidos que actúan en la Ciudad son los partidos de distrito regulados por los arts. 7 y 7 bis de esta última. A mayo de 2016, gozan de reconocimiento jurídico-político otorgado por la justicia electoral con competencia electoral en la Capital Federal 54 partidos de distrito. Fuente: “Partidos Reconocidos al 1° de mayo de 2016”, Poder Judicial de la Nación, Cámara Nacional Electoral - Unidad de producción y recopilación de datos. Disponible en: http://www.electoral.gov.ar/pdf/partidos_reconocidos.pdf

3. Fallos: 253:133.

los partidos tienen esas funciones, entendemos que la norma porteña no se aparta, en esencia, del artículo 38 de la Constitución Nacional.⁴

EL DERECHO DE ASOCIACIÓN POLÍTICA Y DE LIBRE CREACIÓN

El artículo bajo análisis comienza reconociendo el derecho individual a formar partidos políticos: “La ciudadanía tiene derecho de asociarse en partidos políticos...”. Se trata de una subespecie del clásico derecho de asociación, que se traduce en la posibilidad de afiliación a un partido ya existente o de fundar un nuevo partido. Para consolidar este reconocimiento hay que computar disposiciones contenidas en instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional—artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional mediante—y la declaración formulada a través del artículo 10 de la Ley Fundamental porteña.⁵ Como todo derecho, es susceptible de reglamentación, que no podrá—por omisión o insuficiencia—negarlo ni cercenarlo; además, ha de ser razonable.⁶ Por otra parte, el ejercicio de este derecho “sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o de los derechos y libertades de los demás”.⁷ Su titularidad corresponde a los ciudadanos.⁸

4. El art. 38, 1^{er} párrafo de la CN establece: “Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático”.

5. En lo que aquí nos interesa, cabe mencionar la Declaración Americana de Derechos Humanos, art. XXII; la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 16; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) no contiene en forma expresa un derecho de asociación con fines políticos, pero se desprende de la conjugación de disposiciones contenidas sus arts. 22.1, 18.1, 21 y art. 25. Por su parte, el art. 10, 1^{er} párrafo de la CCABA establece: “Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, de las leyes de la Nación y de los Tratados Internacionales ratificados y que se ratifiquen”.

6. La parte final del art. 10 de la CCABA establece: “Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos”. El art. 28 de la CN establece: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

7. Art. 16.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

8. La doctrina admite que derechos políticos y civiles suelen confundirse, y es coincidente en cuanto a que los primeros radican en los ciudadanos y los segundos, en los

De la mano de este derecho, se consagra la libre creación. No se establecen constitucionalmente –al menos en forma expresa– restricciones ideológicas. Ni siquiera luce la exigencia de *respeto a esta Constitución* que condiciona la creación y ejercicio de las actividades partidarias en el plano nacional.⁹ En este sentido la Ley N° 23298, que funciona como Derecho positivo local, apenas refiere al derecho de agruparse en *partidos políticos democráticos* sin precisar el alcance del calificativo.¹⁰ De todas formas, no puede olvidarse –aunque no se mencione a la Ciudad de Buenos Aires– lo establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional en cuanto a la prevalencia del Derecho federal sobre el porteño, y lo preceptuado por el ya mencionado artículo 10 de la Constitución de la Ciudad.¹¹ No debería encontrar protección un partido que en sus actividades incurra en violaciones a la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos y la legislación nacional y local.

LA ORGANIZACIÓN DEMOCRÁTICA. REPRESENTACIÓN DE LAS MINORÍAS

Atada a la libre creación, se garantiza la organización democrática del partido. Según la jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral (CNE):

La organización y funcionamiento internos de los partidos deben ser democráticos, lo que significa que la voluntad que deben conformar los partidos políticos debe ser, sin duda, un compromiso totalizador del conjunto de los que lo integran, y de ninguna manera puede re-

habitantes, sean nacionales o extranjeros. La Ley nacional N° 346 establece las formas de adquisición de la ciudadanía argentina. Cabe aclarar que el art. 62 de la CCABA y la Ley N° 334 reconocen y regulan, respectivamente, el sufragio activo a los extranjeros.

9. El art. 38, 1^{er} párrafo de la Constitución Nacional establece: “Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático. Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución...”.

10. El art. 1, 1^{er} párrafo de la Ley N° 23298 establece: “Se garantiza a los ciudadanos el derecho de asociación política para agruparse en partidos políticos democráticos”.

11. El art. 31 de la CN establece: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dictan por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...”.

presentar exclusivamente la expresión de sus dirigentes, por lo que se debe asegurar la vigencia de normas equitativas mínimas que garanticen que para determinar la voluntad interna de los partidos políticos sea el conjunto de sus afiliados quien decida.¹²

Hay un condicionamiento a la libre creación: internamente los partidos deben estructurarse en base al principio de la soberanía del pueblo, configurado en este caso por los afiliados. A tal fin, deben preverse en la carta orgánica mecanismos de participación de los miembros del partido en la toma de decisiones. Es esencial para el reconocimiento y actuación de una agrupación partidista el cumplimiento de este extremo. Su importancia es tal que el tema es recurrente en la Ley N° 23298 vigente en la Ciudad y deberá estar presente en la futura ley local.¹³

A su vez, la Constitución de la CABA garantiza la representación de las minorías. No basta con que la voluntad partidaria refleje el predominio de la mayoría, sino que debe asegurarse que las minorías internas –al menos una– que caracterizan la vida partidaria contribuyan a tallarla. Así, tanto la composición de los cuerpos orgánicos partidarios como las listas de postulantes a cargos públicos electivos deben quedar matizadas según las diversas corrientes internas, sin perjuicio de la aplicación de una barrera o umbral electoral. Queda descartado un

12. Fallo 2915/01 CNE.

13. El art. 3 de la Ley N° 23298 establece: “La existencia de los partidos requiere las siguientes condiciones sustanciales: (...) b) Organización estable y funcionamiento reglados por la carta orgánica, de conformidad con el método democrático interno, mediante elecciones periódicas de autoridades, organismos partidarios, en la forma que establezca cada partido, respetando a su vez el porcentaje mínimo por sexo establecido en la Ley N° 24012 y sus decretos reglamentarios”. El art. 7 bis determina: “Para obtener la personería jurídico-política definitiva, los partidos en formación, deben acreditar: (...) b) Dentro de los ciento ochenta (180) días, haber realizado las elecciones internas, para constituir las autoridades definitivas del partido”. El art. 29 establece: “La elección de autoridades partidarias se llevará a cabo periódicamente, de acuerdo a sus cartas orgánicas, subsidiariamente por la Ley Orgánica de los Partidos Políticos o por la legislación electoral”. El art. 50 prescribe: “Son causas de caducidad de la personalidad política de los partidos: a) La no realización de elecciones partidarias internas durante el término de cuatro (4) años”. Asimismo, en relación al reconocimiento, en el marco de la correspondiente audiencia, el art. 62 establece: “En ese comparendo verbal, podrán formularse observaciones exclusivamente con respecto a la falta de cumplimiento de las condiciones y requisitos exigidos por ley...”. De todas formas, ha de tenerse presente que la formación y reconocimiento de partidos políticos con actuación en la Ciudad de Buenos Aires sigue tramitando ante el juzgado federal con competencia electoral en la Capital.

sistema de “lista completa” para la asignación de los cargos partidarios y de las candidaturas.¹⁴ Por cierto, queda librado a los partidos decidir el método democrático –directo o indirecto– para el nombramiento de sus autoridades, así como el universo de votantes. En general las cartas orgánicas ponen en manos de los miembros del partido la designación de los que habrán de ejercer los cargos partidarios. El mismo criterio ha sido seguido históricamente para la nominación de los candidatos a las elecciones de cargos públicos.¹⁵

La norma constitucional opta por una visión de la democracia no circumscripita a la voluntad mayoritaria, sino que abraza a las minorías en homenaje al carácter participativo de la democracia. Interpretamos que el precepto refiere a las minorías numéricas de los partidos, con prescindencia de cualquier otro aspecto, sea sexual, etario, racial, etc. La igualdad de derechos y de oportunidades se garantiza por otras normas, por lo que queda fulminada toda discriminación por las causas mencionadas.¹⁶

14. Se designa así al método electoral que asigna la totalidad de los cargos en disputa a la lista que obtenga mayoría de votos.

15. La Legislatura sancionó –el 9 de diciembre de 2013– la Ley N° 4894, que estableció, en su Anexo I, el régimen de elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias para la selección de los postulantes a los cargos públicos electivos locales. Con ello se privó a los partidos de la exclusividad en este asunto y se amplió el universo de votantes a todo el cuerpo electoral. En el anexo II se estableció el Régimen Normativo de Boleta Única y Tecnologías Electrónicas. La aplicación del Anexo II –para las elecciones del 26 de abril de 2015– fue suspendida por la Ley N° 5241, dictada el 4 de marzo de 2015, con la que se adoptó para las elecciones primarias mencionadas –en materia de boleta de sufragio– la normativa prevista en el Código Electoral Nacional vigente a la fecha de sanción de dicha ley.

16. El art. 11 de la CCABA establece: “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 desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”. El art. 36, párrafos 1°, 2° y 3° de la CCABA establece: “La Ciudad garantiza en el ámbito público y promueve en el privado la igualdad real de oportunidades y trato entre varones y mujeres en el acceso y goce de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a través de acciones positivas que permitan su ejercicio efectivo en todos los ámbitos, organismos y niveles y que no serán inferiores a las vigentes al tiempo de sanción de

Admitimos que la garantía a favor de la representación de las minorías bien podría verse en el plano externo, en el sentido de asegurar el pluralismo partidista. Esto sería congruente con el sistema electoral proporcional establecido constitucionalmente para la integración de la Legislatura.¹⁷

LA COMPETENCIA PARA POSTULAR CANDIDATOS

Se establece la aptitud partidista de postular a quienes habrán de ejercer, mediando el sufragio activo, los cargos públicos de elección popular. No podría razonablemente entenderse que el precepto constitucional persiga asegurar que las organizaciones partidistas compitan en los comicios; es propio de estas entidades disputarse el concurso de la ciudadanía para exaltar a sus miembros al desempeño de los cargos públicos.

Se garantiza tal función pero sin precisar si es o no exclusiva.¹⁸ ¿Podrían habilitarse, por ley, candidaturas ajenas a los partidos, sean estas en forma individual, por listas sin partido o a través de organizaciones no partidistas? Sostenemos que estas variantes quedarían por fuera de los márgenes constitucionales por ser incompatibles con la forma de gobierno representativa del pueblo. Las candidaturas individuales estarían imposibilitadas de satisfacer los extremos constitucionales previstos en relación a los partidos –en cuanto a su

esta Constitución. Los partidos políticos deben adoptar tales acciones para el acceso efectivo a los cargos de conducción y al manejo financiero, en todos los niveles y áreas. Las listas de candidatos a cargos electivos no pueden incluir más del setenta por ciento de personas del mismo sexo con posibilidades de resultar electas. Tampoco pueden incluir a tres personas de un mismo sexo en orden consecutivo”.

17. El art. 69, 1^{er} párrafo de la CCABA establece: “Los diputados se eligen por el voto directo no acumulativo conforme al sistema proporcional”.

18. La exclusividad surge de la Ley N° 23298, vigente en la Ciudad como derecho local, cuyo art. 2, primer párrafo, *in fine*, establece: “Les incumbe, en forma exclusiva, la nominación de candidatos para cargos públicos electivos”. En el plano federal, la constitucionalidad ha sido confirmada por la CSJN en el caso “Ríos” –Fallos: 310: 819– y, después de la reforma constitucional de 1994, por la Cámara Nacional Electoral en el caso “Padilla” –Fallo CNE 3054/02–. Sostuvo la CNE en su considerando 16: “siempre habíamos pensado que la Constitución no imponía ni prohibía el monopolio partidario de las candidaturas, y que le quedaba discernido a la ley escoger razonablemente una de las alternativas”.

organización y labor– en beneficio de la ciudadanía y del Estado democrático. Hay que sumar la segura lesión a la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres; lo mismo en el supuesto de listas de ciudadanos no integrados en un partido por inexistencia de vínculo jurídico y político entre ellos; y las propuestas por organizaciones de la sociedad civil –amén de desvirtuar su rol– conllevaría una forma de gobierno y representación funcional o corporativa.¹⁹

Desde luego que en una sociedad compleja, como la porteña, las organizaciones de la sociedad civil están llamadas a cumplir un interesante y valioso papel que incida en la agenda pública y exprese opiniones e intereses diversos, pero tratándose de la formación y manifestación de la voluntad popular –para el establecimiento de los poderes representativos del pueblo– es exclusiva de los partidos desde que estos son las únicas formas de asociación que reúnen a sus integrantes por su carácter de ciudadanos, miembros del pueblo.

Tal exclusividad está lejos de ser un privilegio contradictorio claro con una sociedad democrática; importa una prerrogativa institucional ligada al carácter libre de la representación política y a la forma de gobierno representativa y democrática.

Hay que considerar en este asunto el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), del que emana que los ciudadanos deben gozar de una serie de derechos y oportunidades, entre ellos: “votar y ser elegidos”. Paralelamente admite su reglamentación por ley “exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en sede penal”. El requisito de candidatura partidaria no aparece mencionado. Entonces: ¿la exclusividad partidista en la propuesta de candidatos restringe indebidamente el derecho a la participación política de los porteños? La requisitoria ha sido respondida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

19. En oposición al monopolio partidario se ha señalado que la modalidad de candidaturas originadas en otras organizaciones de tipo público podría admitirse en el nivel comunal. Si se trata de entidades cívicas, dedicadas a la promoción, difusión y la docencia –valiosa, por cierto– de los principios y valores constitucionales, hay que señalar que la función de gobierno, la instrumentación de políticas públicas y la expresión del pueblo no se agota en esos aspectos. Además, las comunas previstas en el art. 127 son un nivel de gobierno y por ello alcanzado por las directivas generales de la Constitución, que no hace excepciones en esta materia.

al dictar sentencia en dos casos: “Yatama vs. Nicaragua” y “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, sin que haya uniformidad en la jurisprudencia.²⁰

En el primero—sin negar la importancia de los partidos—entendió que son admisibles candidaturas a través de otras formas de organización, pero esto tiene que ver con la representación de sectores marginados e históricamente vulnerados, en el caso en la sociedad nicaragüense. En el segundo caso siguió un criterio distinto. Se trataba de un ciudadano mexicano que intentaba postularse a la presidencia de su país sin partido que lo sustente. La Corte Interamericana descartó que se pudiera aplicar la misma solución, dadas las muy distintas circunstancias. El reclamante “no alegó ni acreditó representar intereses de algún grupo vulnerable o marginado de la sociedad que estuviera impedido formal o materialmente para acceder a cualquiera de las alternativas que el sistema electoral mexicano ofrecía para participar en las elecciones”.²¹

No es aplicable en nuestro ámbito la solución dada en “Yatama” porque son marcadamente diferentes las circunstancias; no está impedido a los porteños (ni a los argentinos) aspirar a la candidatura a través de un partido político, previa incorporación a uno ya reconocido o creando otro nuevo con el fin de una postulación personal. No se está en presencia de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de la participación política.

Alguna vez se escribió:

... no deben reputarse prohibidas —ni por ende, inconstitucionales— las limitaciones al derecho a ser elegido que, no encuadrando en las que “exclusivamente” menciona el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica responden objetivamente a razones institucionales que no exhiben naturaleza proscriptiva ni discriminatoria.²²

20. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Yatama vs. Nicaragua”, sentencia de 23 de junio de 2005 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia de 6 de agosto de 2008.

21. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia del 6 de agosto de 2008, 172, p. 50.

22. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1993, T. II, p. 89. Sobre este asunto sirve recordar que no ha sido uniforme el sentido dado al término “exclusivamente”. El voto concurrente razonado del Juez Diego García Sallán de la CIDH en el caso “López Mendoza vs. Venezuela”: “La Corte ha efectuado ya, en un caso distinto una determinación sobre el término

Es claro que las causales de reglamentación formalmente mencionadas son enunciativas y no taxativas.

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA DIFUSIÓN DE SUS IDEAS

Están también garantizados el derecho a la información y a la difusión de las ideas. El primero es vital para que los partidos estén en condiciones de elaborar diagnósticos y proyectos. Su correlato es la obligación estatal de brindar la información –lógicamente veraz– afirmando así el principio de publicidad de los actos de gobierno.²³ Se burlaría la igualdad de posibilidades y de oportunidades de candidatos y partidos políticos si sólo los detentadores del poder contaran con datos auténticos. Del mismo modo, quedaría deshecha la función de control que compete a los partidos políticos y a la misma ciudadanía.

El ejercicio del derecho a la difusión de las ideas sirve a los partidos para promover la incorporación de ciudadanos a sus filas o bien, en tiempos de campaña electoral, para dar a conocer su plataforma y concitar el apoyo de los votantes. Esto nos lleva a la parte final del artículo 61, que establece restricciones al gasto y la duración de las campañas electorales, rebelando la inquietud de los constituyentes por la transparencia y la equidad entre los competidores. La Ley N° 268 especifica qué es campaña electoral y los plazos y condiciones de su desarrollo.²⁴

‘exclusivamente’ y determinó que debía ser interpretado de manera sistemática con el art. 23.1 y con el resto de los preceptos de la Convención y los principios básicos que la inspiran. En particular se estableció que las causales consagradas en dicho artículo no son taxativas sino, que pueden ser reguladas teniendo en cuenta variantes tales como las necesidades históricas, políticas, sociales y culturales de la sociedad” (sentencia del 1° de septiembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, p. 2).

23. La publicidad de los actos de gobierno es un principio típico de la forma de gobierno republicana. Al respecto, el art. 1, 2° párrafo de la CCABA dice: “Todos los actos de gobierno son públicos”.

24. La Ley N° 268 sobre Regulación y Financiamiento de Campañas Electorales fue sancionada en noviembre de 1999, se promulgó de hecho el 06/12/99 y fue publicada en el BOCBA N° 837 del 13/12/1999. Esta ley fue reformada por la Ley N° 1191, BOCBA N° 1837, del 12/12/2003 y por la Ley N° 3803, BOCBA N° 3666, del 18/05/2011. El art. 1 establece: “Se entiende por campaña electoral toda propaganda que realicen los partidos, confederaciones y alianzas, candidatos/as a cargos electivos locales y quienes los/as apoyen a efectos de la captación de sufragios”. El art. 2 agrega: “La campaña electoral no podrá iniciarse hasta sesenta (60) días antes de la fecha fijada para la elección, ni extenderse

En refuerzo, se ordena que el gobierno no realice propaganda institucional tendiente a captar votos; ello supondría el aprovechamiento de recursos oficiales. Hay una búsqueda de equilibrar las fuerzas evitando el plano inclinado favorable al oficialismo de turno y sus postulantes, en perjuicio de la posibilidad de alternancia en el gobierno.²⁵

En conjunto, la articulación de estos derechos afirma los roles atribuidos constitucionalmente a los partidos. Además, una ciudadanía bien informada estará en mejor posición para decidir su apoyo –o no– a determinado partido o candidatos en las elecciones, en ejercicio acabado del derecho a expresarse políticamente y participar en el proceso del poder. Por cierto, no ha de perderse de vista la conexión con el derecho a la información y la libertad de expresión que la Constitución consagra reiterando normas fijadas por la Constitución Federal e instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional.²⁶

LA GARANTÍA

El artículo 61 garantiza los derechos que reconoce. Este compromiso evidencia la trascendencia de los partidos en el ordenamiento constitucional; asegura la vigencia de aquellos y, consecuentemente, su alteración, menoscabo, desconocimiento o restricción arbitraria da

durante las 48 horas previas a su finalización”. Asimismo, interesa destacar los arts. 5, 3 y 6. El primero establece: “Desde las cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la iniciación del comicio y hasta tres (3) horas después de su finalización, queda prohibida la difusión, publicación, comentarios o referencias, por cualquier medio, de los resultados de encuestas electorales”. El segundo, en lo que aquí importa, establece: “El Gobierno de la Ciudad debe ofrecer a los partidos, confederaciones y alianzas que se presenten a la elección, espacios de publicidad en las pantallas de vía pública que estén a su disposición. Estos se distribuirán respetando criterios de equidad en cuanto a su ubicación”.

25. El art. 3 de la Ley N° 268 establece: “Durante la campaña electoral y hasta finalizado el comicio, el Gobierno de la Ciudad, no podrá realizar propaganda institucional que tienda a inducir el voto. Asimismo no puede promocionarse candidatura alguna con motivo o en ocasión de actividades oficiales”. El problema es que la Ley N° 268 no prevé sanción alguna por el incumplimiento del art. 3.

26. El art. 12 de la CCABA establece: “La Ciudad garantiza: (...) 2. 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”. En igual sentido, cabe mencionar los arts. 14 y 32 de la CN, los arts. 13 y 14 de la CADH, el art. 19 de la DUDH y el 19.1 del PIDCP.

lugar a los remedios previstos normativamente. Podría incluso, según el derecho en juego y las particularidades del caso –previo agotamiento de los remedios e instancias locales y federales– llegar a encausar la responsabilidad internacional del Estado argentino.²⁷ No ha de olvidarse que los instrumentos de derechos humanos –integrantes del llamado bloque de constitucionalidad federal– rigen en el perímetro porteño.

EL FINANCIAMIENTO PARTIDARIO

Trata la Constitución un asunto clave para la actuación de los partidos y que tiene repercusión en la confianza pública en las instituciones representativas y del pueblo. Reivindicamos esta intervención estatal en atención a la íntima relación de los partidos con el funcionamiento real de la democracia constitucional y la igualdad de oportunidades.

Se establecen las bases de un sistema mixto de financiamiento. Hay mandato constitucional, pues *la Ciudad contribuye* al sostenimiento partidario e implícitamente se admite la posibilidad del financiamiento privado. Si *la Ciudad contribuye*, significa que interviene con otro en tal tarea y ese otro han de ser personas privadas, físicas o jurídicas. En igual sentido, estando los partidos obligados a publicitar “el origen (...) de sus fondos y patrimonio”, ello significa que pueden recibirlos de una fuente no estatal, es decir privada.

El financiamiento público –en base al tiempo presente en que está redactada la disposición– implica una obligación permanente y, por ende, también garantizada por la Constitución. A tal fin se instituye “el fondo partidario permanente”.

27. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, frente al reclamo en el caso “Ríos”, concluyó: “Asimismo la Comisión comparte el criterio de que la Ley N° 23298 no viola en su art. 2 el artículo 28 constitucional (en cuanto altera los principios y derechos establecidos en artículos anteriores del texto supremo) ni viola los artículos 16 (derecho de asociación), 23 (derechos políticos), 24 (igualdad ante la ley) y 29 (normas de interpretación de la Convención) porque a tenor de la ley en cuestión el reclamante tiene abierta la posibilidad de afiliarse a cualquiera de los partidos argentinos y promover en ellos su candidatura además de poder fundar su propio partido y dentro del mismo aspirar a ser electo al cargo que sea de su libre escogencia”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos - Organización de los Estados Americanos, Resolución N° 26/88, Caso 10.109, Argentina, 13 de septiembre de 1988. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/87.88sp/Argentina10.109.htm>

Constitucionalmente no se aclara qué tipo de actividades partidarias han de solventarse con recursos estatales, salvo en lo que respecta a *actividades de capacitación e investigación*. Si de los partidos surgen los elencos gubernamentales, es lógico que se les ordene que una porción de los fondos que reciben del Estado se apliquen a estas actividades.²⁸

EL CONTROL DEL FINANCIAMIENTO PARTIDARIO

Teniendo en cuenta las funciones institucionales de las que están investidos los partidos, la Constitución –como contrapartida– manda que deben publicitar el origen de sus fondos y de su patrimonio. Entendemos que debe asegurarse un efectivo control de las cuentas partidarias. La opacidad no colabora con la confianza del pueblo en las instituciones. En este sentido, la Auditoría General es constitucionalmente la encargada de verificar el uso correcto de los recursos públicos otorgados a los partidos.²⁹ En armonía con el mandato constitucional, la ley de financiamiento de campañas afirma el carácter público de la información e instaura mecanismos para viabilizar el control social.³⁰

28. Somos de la opinión de que los recursos públicos deberían destinarse al financiamiento de la actividad institucional de los partidos y a las campañas electorales. De todas formas, el legislador ordinario se ha limitado a regular solamente el financiamiento de campañas.

29. El art. 135, 3^{er} párrafo de la CCABA, establece: “Tiene facultades para verificar la correcta aplicación de los recursos públicos que se hubiesen otorgado como aportes o subsidios, incluyendo los destinados a los partidos políticos del distrito”. Debemos aclarar que induce a confusión el empleo de la expresión partidos políticos “del distrito” pues estos se rigen por la legislación nacional.

30. El art. 16 de la Ley N° 268 establece: “Los partidos que oficialicen candidaturas deberán habilitar en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires una cuenta bancaria especial en la cual serán depositados los fondos que provengan tanto de aportes públicos como privados. Toda transacción vinculada a la campaña electoral deberá ser realizada mediante la cuenta bancaria mencionada. Las alianzas que oficialicen candidaturas, deberán habilitar una cuenta bancaria especial en la que serán depositados los aportes privados destinados a la campaña. En dicha cuenta, se depositarán también los aportes públicos de los partidos que conformen las alianzas, si así lo dispusiesen sus organismos competentes. Toda transacción vinculada a la campaña electoral deberá ser realizada mediante la cuenta bancaria especial mencionada en este párrafo”. El art. 17 establece: “Los partidos políticos, alianzas y confederaciones deben presentar por ante la Auditoría General de la Ciudad, la siguiente documentación, en los plazos que se establecen: a. Diez (10) días antes de la celebración del acto electoral del que participan, un informe, indicando los ingresos y egresos efectuados con motivo de

CONCLUSIONES

Una Constitución encumbra valores y principios y, sin apartarse de la historia, de las tradiciones y vivencias del pueblo al que va dirigida, contornea un modelo de sociedad imprimiéndole una forma de gobierno. En ese marco se ubican los partidos políticos, inseparables del gobierno representativo del pueblo y principal vehículo de la expresión soberana de este. Por eso la Constitución los jerarquiza al incorporarlos a su texto en forma expresa. Además, los regula y pone al servicio de la sociedad, destinataria final de las instituciones que ella establece.

A partir de allí, la vigencia efectiva del plan constitucional, alcanzar el norte fijado por ella –en este como en todos los asuntos previstos– depende de la conducta de los partidos, que ha de ser ejemplar en homenaje a la trascendencia que la misma Constitución les asegura, y también de los ciudadanos, mujeres y hombres de esta Ciudad. Sería una ilusión del constituyente suponer que la simple consagración normativa basta para acercar la realidad al deber ser diseñado. La Constitución interpela a los ciudadanos. La indiferencia respecto de la democracia y sus instituciones es suicida.

Ha de asumirse que los partidos están en los cimientos del orden institucional que la Constitución establece. A partir de allí, su desenvolvimiento consecuente con ella, supone un proceso exigente. Ha de alentarse la incorporación de los ciudadanos, su participación en la vida de los partidos, para inyectarles vitalidad y encausar su funcionamiento en las coordenadas constitucionales.

la campaña electoral, con detalle del concepto, origen, monto y destino; así como el presupuesto de los ingresos y egresos que se prevén efectuar hasta la finalización de la campaña; b. Dentro de los treinta (30) días de celebrada la elección un informe final de cuentas. Dicha información tendrá carácter público y deberá estar suscripta por autoridades partidarias y por contador/a público/a matriculado/a. La Auditoría General podrá establecer normas para la presentación de dichos informes”. El art. 18 establece: “Dentro de los noventa (90) días de finalizada la campaña la Auditoría General de la Ciudad elaborará y dará a publicidad su informe. Este informe debe publicarse en el Boletín Oficial de la Ciudad”.

Artículo 62

La Ciudad garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos inherentes a la ciudadanía, conforme a los principios republicano, democrático y representativo, según las leyes que reglamenten su ejercicio.

El sufragio es libre, igual, secreto, universal, obligatorio y no acumulativo. Los extranjeros residentes gozan de este derecho, con las obligaciones correlativas, en igualdad de condiciones que los ciudadanos argentinos empadronados en este distrito, en los términos que establece la ley.

LOS DERECHOS POLÍTICOS

Por Jorge Alejandro Amaya

Concordancias

La Constitución Nacional y el bloque de constitucionalidad: En nuestro ordenamiento jurídico, los derechos políticos y electorales se encuentran consagrados en el artículo 37 de la Constitución Nacional (CN) introducido en la reforma de 1994. Antes de dicha modificación, los encontrábamos con sustento normativo constitucional en el artículo 33 de derechos no enumerados o implícitos y en los pactos y tratados internacionales que integraban el Derecho interno federal a la luz de lo establecido en el artículo 31 de la CN. El texto nacional y el local también encuentran concordancias con los artículos 1, 16, 33, 38, 39, 40, 45, 51, 54, 75 inciso 23, 94, 95, 96, 97 y 98 CN, y 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y artículo 23 de la Comisión Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Concordancias con la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires: Artículos 1, 4, 10, 11, 12 inciso 2; 36, 61, 64, 65, 66, 67, 69, 80 incisos 7 y 22; 82 inciso 2; 96, 99, 113.6., 115, 121 y 130.

Concordancias con las Constituciones provinciales: provincias de: Buenos Aires, artículo 59, inciso 1; Catamarca, artículos 232, 233, 234, 240; Córdoba, artículos 3, 9, 30; Corrientes, artículos 3, 33, 34, 38, 44; Chaco, artículo 90; Chubut, artículos 39, 41, 256, 258; Entre Ríos,

artículo 47; Formosa, artículos 187, 189, Jujuy, artículos 2, 42, 86; La Pampa, artículo 49; La Rioja, artículos 1, 74, 78; Mendoza, artículos 4, 10, 50, 52, 53, 63; Misiones, artículos 11, 12, 48, 49; Neuquén, artículo 57; Río Negro, artículos 2, 120; Salta, artículos 2, 59; Santa Cruz, artículo 77; Santa Fe, artículos 2, 29, 30; San Juan, artículos 47, 51; San Luis, artículos 22, 37, 93, 94; Santiago del Estero, artículo 39; Tierra del Fuego, artículos 4, 26; Tucumán artículo 43.

ASPECTOS GENERALES

Derechos políticos. Concepto amplio y restringido

Los derechos políticos proporcionan un temario muy amplio que, desde distintos enfoques, pertenece tanto a la parte dogmática como a la parte orgánica de las constituciones. En cuanto se relacionan con el estatus de los habitantes; con la creación, funcionamiento o reconocimiento de los partidos políticos, o con la regulación de los derechos políticos y electorales, pertenecen a la parte dogmática. A su vez, en cuanto se vinculan al funcionamiento del poder en las relaciones con sus órganos, pueden ser analizados dentro de la parte orgánica.

Sin embargo, esta aparente división muchas veces se desdibuja. Joaquín V. González sostiene que, si bien la división de los derechos reconocidos por la Constitución se contiene en todo el cuerpo, de su primera parte emergen dos órdenes: “Derechos civiles y derechos políticos”. Estos órdenes no están deslindados con absoluta claridad, muchos autores enumeran entre los derechos civiles algunos que otros colocan entre los políticos y viceversa.

La razón de esta confusión está en que no son separables, pero como necesitamos establecer la separación virtualmente contenida en el conjunto de los textos, puede decirse que: derechos civiles son todos aquellos que la Constitución reconoce al individuo en su calidad de hombre, miembro del cuerpo social, y derechos políticos son los que la Constitución reconoce a todos los que en algún grado participan de la formación del gobierno y de la ley.¹

1. Cfr. González, J. V., *Obras Completas*, Volumen III, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, 1935, p. 81 y ss.

En la misma línea, Germán Bidart Campos reconoce que estos derechos componen una categoría no siempre concisa, ya que en un sentido amplio podemos hablar de derechos políticos comprendiendo muchos derechos civiles que, sin dejar de ser tales, se ejercen a veces con un fin netamente político, como es el caso de los derechos de reunión, de asociación o de petición, cuando son ejercidos para apoyar o criticar un acto de gobierno.²

Los conceptos apuntados nos exponen la íntima vinculación de los derechos políticos con la representación a través de la participación política que implica el ejercicio de estos derechos en un sistema democrático constitucional.

Derechos políticos como derechos humanos en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional

Los derechos políticos del constitucionalismo clásico se incorporan al patrimonio del hombre dentro de los primeros “derechos humanos” como medio de procurar la limitación del poder estatal y para asegurar y garantizar al hombre la vigencia de sus derechos a través de la realización de la “libertad política”.

Pero si bien los derechos políticos encuentran su origen con el liberalismo clásico o dentro de los llamados derechos de primera generación constitucional, persiguiendo el fin de limitar las arbitrariedades que la personalización del poder había generado hasta entonces, debemos tener muy presente que adquieren connotaciones de mayor “humanidad” con la segunda etapa del constitucionalismo, es decir con el advenimiento del llamado constitucionalismo de posguerra o social, o derechos de segunda generación.

Así, los derechos políticos se amplían en torno al concepto de democracia, abriéndose a un universo más complejo. Se profundiza la democracia política hacia la democracia participativa, donde al pueblo como titular de la soberanía se le reconoce el derecho a la participación directa en los asuntos públicos.

2. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1986, T. II, p. 33 y ss. En igual sentido se expide Dalla Via, A., en “Derechos políticos y garantías constitucionales”, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004, p. 87.

A partir de la reforma de 1994, los nuevos artículos 37 (derechos políticos), 38 (partidos políticos), 39 (iniciativa popular), 40 (consulta popular) y los incluidos en los Pactos de Derechos Humanos con jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional (CN), han dado un importante contenido formal a la temática.

Muchas de las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos encierran principios y disposiciones relacionados con la materia de los derechos políticos. Así lo hacen especialmente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH). También encontramos referencia a estos derechos en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer. El artículo 23 de la CADH consagra los derechos políticos propiamente dichos a tenor de una redacción amplia y protectora.

El voto como derecho fundamental. El sufragio ciudadano y el representativo. Perfiles activo y pasivo

El Tribunal Supremo de Estados Unidos consideró que “el derecho de voto es el derecho político fundamental porque garantiza todos los demás derechos”³ y en “Yatama v. Nicaragua” la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señaló que

Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político (...). El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política.⁴

En un sistema democrático el voto es un *derecho*, un poder reconocido por el ordenamiento a los individuos para que intervengan en la

3. CSJEEUU, “Yick Wo v. Hopkins”, 118 U.S. 356, del 10 de mayo de 1886, disponible en: http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0118_0356_ZO.html

4. CIDH, sentencia del 23 de junio de 2005.

adopción de las decisiones políticas y en la formación de las normas a través de las que se expresa la voluntad popular.

Con su incorporación a la Constitución, este derecho alcanza además el rango de fundamental, lo cual obviamente significa, como ya dijo en 1803 la Corte Norteamericana en “*Marbury v. Madison*”, que “se impone sobre cualquier disposición legislativa que le sea contraria”⁵, sea de ámbito estatal o regional.

En suma, el derecho fundamental de voto es –en principio– un derecho subjetivo; es decir, un apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la Constitución atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas de participación política (objeto del derecho). Con la fuerza normativa de la Constitución, ese apoderamiento consistirá en la posibilidad de exigir a los poderes públicos que aseguren la intervención de la comunidad de manera directa o a través de representantes en el gobierno político.

Una clasificación común de los derechos políticos es aquella que los caracteriza en activos y pasivos, según estén destinados a concurrir por medio del sufragio a la elección de los representantes que tendrán a su cargo el gobierno del Estado (activos), o garanticen la capacidad de los ciudadanos de postularse como candidatos a los cargos electivos solicitando el apoyo de sus conciudadanos mediante el sufragio, con la aspiración de acceder al cargo ambicionado (pasivos).

La aptitud para el ejercicio de derechos políticos pasivos es más restringida que la aptitud para ejercer los derechos políticos activos. En principio, todo ciudadano tiene capacidad para sufragar, salvo expresas inhabilidades cada vez más limitadas;⁶ pero sólo tienen capacidad para aspirar a cargos electivos aquellas personas que reúnen los requisitos exigidos por la Constitución. Contrariamente a la flexibilidad interpretativa que la Justicia ha expuesto respecto del ejercicio de los derechos políticos activos adhiriendo a un principio “pro voto”, en lo que hace al ejercicio de los pasivos, la posición no ha sido tan clara.

5. Amaya, J. A., “*Marbury v. Madison*”, *Sobre el origen del control de constitucionalidad*, La Ley Paraguaya, 2012; Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2012 y Colección textos jurídicos, Rosario, Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2013.

6. Cfr. Ídem, “Reflexiones sobre los límites del sufragio: ¿Qué espacio queda al legislador? Comentario a fallo ‘Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA’”, MJ-DOC-6552-AR | MJ-DOC-6552, 23 de diciembre de 2013.

Por un lado, la Corte Suprema Nacional habilitó la posibilidad de ser candidato a un cargo electivo (senador nacional) a un candidato sobre el que pesaban varios procesos penales pero sin condena firme;⁷ y por otro, la Cámara Nacional Electoral (CNE) tomó un criterio restrictivo al disponer que no podía asumir el cargo un funcionario ya elegido (como senador nacional) que aún no había jurado, en razón de que pesaban sobre él dos condenas penales, a pesar de que no se encontraban firmes, anteponiendo la presunción de legitimidad y regularidad de los actos públicos (sentencias) sobre el principio constitucional de inocencia.⁸

Existe otra limitación en el ejercicio de los derechos políticos pasivos que consiste en que el candidato debe pertenecer a un partido político reconocido legalmente, ya que no son admisibles en nuestro sistema las candidaturas libres o independientes, y así lo ha resuelto tanto la Cámara Nacional Electoral⁹ como la Corte Suprema de Justicia.¹⁰

Como vemos, esta clasificación clásica de los derechos políticos en activos y pasivos gira en torno a un mecanismo de expresión entre ideas y decisiones, es decir alrededor del acto denominado voto. Por consiguiente, el “voto ciudadano” o “sufragio” es el derecho que tienen los miembros del cuerpo electoral de participar en el ejercicio del poder. La herramienta que les permite concurrir a formar la voluntad colectiva (artículo 37 CN; artículo 62 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA); artículo 23 CADH; artículo 25 PIDCP) eligiendo a los titulares de los cargos electivos; o participando en las decisiones sobre aspectos fundamentales de la marcha del gobierno que se somete a consulta u opinión de la ciudadanía (artículo 40

7. Caso del ex Gobernador de la Provincia de Corrientes Raúl Romero Feris, fallado el 14 de agosto de 2002.

8. Cámara Nacional Electoral *in re* “Partido Nuevo”, Fallo 3275/03, del 9 de diciembre de 2003. Curiosamente la impugnación de la candidatura correspondió también al ex Gobernador de Corrientes, Raúl Romero Feris. La CNE posteriormente *in re* “Patti Luis Abelardo” precisó esta doctrina afirmando que basta una condena judicial, aunque no esté firme, para excluir al candidato.

9. CNE, Fallo 3054/02 *in re* “Padilla Miguel s/inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley 23298”.

10. CSJN *in re* “Ríos Antonio J.”, Fallos 310;819, 22/04/87.

CN; artículos 65, 66 y 67 CCABA).¹¹ Por su parte, el “voto representativo” es el derecho y el deber de expresión de la voluntad del representante dentro de un cuerpo legislativo en ejercicio de su mandato, y también encuentra protección en el marco de los derechos políticos.

Características del sufragio. Sufragio libre, igual, secreto, universal, obligatorio y no acumulativo

El artículo 27 CADH inciso 2 complementa el artículo 23 de la CADH, el artículo 37 CN y el artículo 62 CCABA estableciendo que la suspensión de garantías por los Estados Miembros en casos de emergencia no podrá afectar –entre otros– los derechos políticos, y refuerza de esta manera la importancia que estos tienen dentro de la estructura normativa internacional.

El concepto de sufragio libre nos conduce al debate sobre la voluntariedad del voto (aunque seguramente esta no ha sido la intención del constituyente). El voto obligatorio dio lugar a una polémica doctrinal que aún subsiste. Imponer al ciudadano la obligación de votar ¿no vulnera su libertad?, el abstenerse de votar ¿no es un derecho?, el no voto ¿no es una forma de votar? Esta idea de que la participación del ciudadano en la elección depende exclusivamente de su libre decisión encuentra su réplica en el argumento que entiende al sufragio como un derecho político y a la vez como una función pública.¹²

En la adopción del voto obligatorio o facultativo intervienen circunstancias políticas, argumentos, ideas y la experiencia comparada. Italia reúne las condiciones de un proceso estable y de elevada concurrencia electoral bajo régimen de voto obligatorio. Estados Unidos, por otra parte, constituye un caso de proceso institucional estable y sólido pero con un abstencionismo electoral alto y régimen de voto

11. Para ampliar estos contenidos, puede verse Amaya, Jorge A., “Derechos Políticos y Participación Ciudadana” (comentario a los artículos 61, 62, 63, 64, 65, 66 y 67 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires), en *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Germán Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (dirs.), Buenos Aires, La Ley, agosto de 2001, pp. 43-66.

12. Posada, Adolfo, “El voto obligatorio”, *Revista Argentina de Ciencia Política*, año I, N° 10, 1911, T. II, p. 8.

facultativo. La CNE se expidió sobre esta característica del voto *in re* “Vázquez Juan A. s/Formula peticiones”.¹³

La igualdad del voto implica que la influencia del sufragio de todos los electores es igual, y no debe ser diferenciada en razón de propiedad, ingresos, capacidad impositiva, educación, religión, sexo u orientación política. El principio de sufragio igual es relevante también para la organización de las elecciones, especialmente en el ámbito de la distribución de las circunscripciones electorales.

En lo que se refiere a la igualdad del voto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expidió en el caso Andrés Aylwin Azócar¹⁴ estableciendo que “debe aplicarse el principio de un voto por persona y, en el marco del sistema electoral de cada uno de los Estados, el voto de un elector debe tener igual valor que el del otro”.

Una innovación importante de la Constitución de la Ciudad que se vincula con el principio de igualdad, es el reconocimiento a los extranjeros residentes del derecho al voto en igualdad de condiciones que los ciudadanos nativos o naturalizados, en los términos que establezca la ley.

Esto es así ya que los residentes extranjeros no pueden votar en elecciones nacionales (diputados y senadores nacionales, presidente y vice). No obstante ello, pueden hacerlo en aquellas jurisdicciones locales cuya legislación tenga previsto el voto de ciudadanos extranjeros, tal el caso de la Ciudad de Buenos Aires.

Para poder votar en estos casos, el ciudadano extranjero debe contar con un documento nacional. Según la Ley Nacional de Migraciones N° 25871, solamente aquellos ciudadanos que han sido admitidos para ingresar y permanecer en el país en calidad de “residentes permanentes”, “residentes temporarios” (artículos 20 al 26) podrán tramitar el DNI (artículo 30). En dichos casos, los electores extranjeros no están obligados a votar. En caso de querer hacerlo, deben empadronarse en un registro especial habilitado a tal efecto.

Puesto que el registro de electores extranjeros es administrado por la Justicia electoral local, cada provincia presenta una situación particular.¹⁵

13. CNE, Expediente N° 4634/2009, Fallo 4727/2011 del 18/10/2011.

14. Informe N° 137/99.

15. En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, la normativa referida al voto de los ciudadanos extranjeros se rige por el Código Electoral Nacional (art. 25) y por la Ley N° 334 (art. 10) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La característica secreta del voto exige que la decisión del elector en forma de emisión del voto no sea conocida por otros, en resguardo de posibles influencias de terceros sobre su decisión.

La universalidad del voto ha sido una conquista en constante ampliación. En efecto, al implementar el carácter universal del sufragio, la Ley Sáenz Peña¹⁶ ha inspirado otras normas que extendieron luego la composición del cuerpo electoral, como ocurrió –por ejemplo– con la participación de la mujer a partir de la incorporación del voto femenino en las elecciones del año 1951,¹⁷ la inclusión al cuerpo electoral de los habitantes de los territorios nacionales, el voto de los argentinos residentes en el exterior,¹⁸ el voto de los detenidos sin condena¹⁹ dispuesto luego del fallo de la Corte Suprema *in re* “Mignone”,²⁰ el voto de los menores a partir de los 16 años²¹ y el voto de los privados de la libertad por condena firme, que ocasionó la declaración de inconstitucionalidad en 2013 por parte del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires de los incisos e, f y g del artículo 3 del Código Nacional Electoral (en cuanto se aplica como ley local en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)²² y, recientemente, en mayo de 2016, la declaración de inconstitucionalidad de los incisos e, f y g del artículo 3 del Código Electoral Nacional y de los artículos 12 y 19 inciso 2 del Código Penal de la Nación, por parte de la Cámara Nacional Electoral.²³

El hecho de que se les haya reconocido a los extranjeros el derecho al sufragio activo no implica que ellos tengan derecho al sufragio pasivo (derecho a ser candidatos), ya que se encuentra sobradamente justificado que para ocupar cargos electivos se requiera el requisito de ser nacional o naturalizado.

16. Ley N° 8871.

17. Ley N° 13010.

18. Ley N° 24007.

19. Ley N° 25858.

20. CSJN “Mignone, Emilio F. s/hábeas corpus” (09/04/02) estableció el derecho a votar de los detenidos no condenados, disponiendo la inconstitucionalidad del artículo 3, inc. d, del Código Electoral Nacional.

21. Ley N° 26774.

22. STJ CABA “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (Expediente N° 8730/12). Ver nuestro comentario en “Reflexiones sobre los límites del sufragio: ¿Qué espacio queda al legislador?”, MJ-DOC-6552-AR | MJD6552, 23 de diciembre de 2013.

23. CNE, Procuración penitenciaria de la Nación y otro c/Estado Nacional - Ministerio del Interior y Transporte s/amparo - Acción de amparo colectivo - Inconstitucionalidad

Con relación a la prohibición que establece el artículo respecto del voto acumulativo, implica vedar la posibilidad de que la ley electoral adopte algunos sistemas que, como el de “lemas”, contienen el voto acumulativo por considerarlo una distorsión de la voluntad popular.

La protección de los derechos políticos en el sistema interamericano

El artículo 23 de la CADH consagra en forma amplia los derechos políticos y de participación. Con la finalidad de delinear un marco de regulación razonable del ejercicio de estos derechos, la Convención reconoció un número exhaustivo de “condiciones habilitantes” que el Estado puede establecer para que los ciudadanos ejerzan el sufragio activo y pasivo, a saber, “la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental”. Finalmente, estableció la “condena, por juez competente, en proceso penal”, como única causal de suspensión o privación de los derechos políticos. Esta cláusula establecida por la Convención significa que el Estado puede suspender o privar a una persona de sus derechos políticos después de que esta haya sido sentenciada, como resultado de un proceso judicial ajustado a las garantías del debido proceso penal.

Los órganos del Pacto de San José han edificado una rica pero no extensa jurisprudencia en materia de derechos políticos, principalmente en los casos: “Yatama v. Nicaragua”,²⁴ “Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos”,²⁵ “Manuel Cepeda Vargas v. Colombia”²⁶ y “López Mendoza v. Venezuela”.²⁷

En “Yatama” la Corte decidió, entre otras cuestiones, que el Estado era responsable por no haber previsto:

... normas en la ley electoral, en orden a facilitar la participación política de las organizaciones indígenas en los procesos electorales de la Región Autónoma de la Costa Atlántica de Nicaragua, de acuerdo al

arts. 12 y 19 inciso 2° CP y 3° inciso e, f, y g, CEN - Expediente N° CNE 3451/2014/CA1, 24/05/16.

24. CIDH, sentencia del 23 de junio de 2005.

25. CIDH, sentencia del 6 de agosto de 2008.

26. CIDH, sentencia del 26 de mayo de 2010.

27. CIDH, sentencia del 1° de septiembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas).

derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas que la habitan.

En “Castañeda Gutman” se estableció la responsabilidad por la inexistencia en el ámbito interno de un recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos y el consecuente impedimento para que el señor Jorge Castañeda Gutman inscribiera su candidatura independiente a la presidencia de México para las elecciones que se celebraron en julio de 2006; y en “Manuel Cepeda Vargas” la Corte destacó la importancia que tiene la oposición democrática en el sistema democrático americano.

Finalmente, en “López Mendoza v. Venezuela”, la CIDH sostuvo que de una interpretación del artículo 23 inciso 2 conforme al sentido corriente de sus términos, se tiene que el término “condena por juez competente en proceso penal”, no es equiparable a los términos “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental”. Mientras estos últimos son abiertos e indefinidos y, por tanto, deben necesariamente ser desarrollados y definidos por los Estados a través de sus derechos internos para tener efectividad, el término “condena, por juez competente, en proceso penal” es, en principio, cerrado y definido.

Como garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos, el artículo 23 inciso 2 de la Convención estableció que para privar o suspender legítimamente los derechos políticos de cualquier persona, el Estado debe antes haberla condenado por la comisión de un delito, luego de cumplir con todas las condiciones características de un proceso judicial penal.

En la actualidad, la garantía contra la privación o suspensión de los derechos políticos prevista por el artículo 23.2 de la Convención se encuentra incorporada, con variaciones menores, en las constituciones de Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

Artículo 63

La Legislatura, el Poder Ejecutivo o las Comunas pueden convocar a audiencia pública para debatir asuntos de interés general de la ciudad o zonal, la que debe realizarse con la presencia inexcusable de los funcionarios competentes. La convocatoria es obligatoria cuando la iniciativa cuente con la firma del medio por ciento del electorado de la Ciudad o zona en cuestión. También es obligatoria antes del tratamiento legislativo de proyectos de normas de edificación, planeamiento urbano, emplazamientos industriales o comerciales, o ante modificaciones de uso o dominio de bienes públicos.

AUDIENCIAS PÚBLICAS

Por Jorge Alejandro Amaya

Concordancias:

La Constitución Nacional y el bloque de constitucionalidad: En nuestro ordenamiento jurídico el instituto de las audiencias públicas no encuentra reconocimiento expreso en la Constitución Nacional (CN), sino en el sistema infraconstitucional. Efectivamente, recogen este participativo instituto la Ley N° 24076 de Gas Natural en sus artículos 52 y 73; la Ley N° 24065 del Ente Regulador de generación, transporte y distribución de electricidad en su artículo 56; el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) 1185/90 de Telecomunicaciones en su artículo 30 y el Decreto PEN 656/94 de Autotransporte Público de pasajeros en sus artículos 28 y 29. Concordancia artículo 42 CN.

Concordancias con la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires: Artículos 1; 10; 12 inciso 2; 18; 19; 27; 29; 46; 52; 80, incisos 3 y 4; 120; 131; 138 y 139.

Concordancias con las Constituciones Provinciales: Provincias de Neuquén, 308; Tierra del Fuego, 209, 210; La Rioja, 157 inciso 2; Córdoba 176; Provincia de Buenos Aires, 193 inciso 2.

ASPECTOS GENERALES

Audiencias públicas y técnicas de participación ciudadana

Esta norma constituye una auténtica innovación de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires al incorporar a las audiencias públicas (instituciones de la democracia participativa muy utilizadas desde hace años en los países sajones) como medio de canalizar la opinión ciudadana para formar la decisión de gobierno en aquellas áreas íntimamente ligadas al interés general. Este tipo de *técnicas* llamadas de participación ciudadana, se utilizan también cuando la acción de gobierno enrola los intereses de los habitantes como consumidores o usuarios.

Debe tenerse en cuenta que acertadamente se ha dicho que en la afirmación de la protección de los consumidores y usuarios anida el reconocimiento de su condición de destinatarios principales de la actuación del Estado.¹ El nuevo artículo 42 de la Constitución Nacional, por ejemplo, contiene una proyección en virtud de la cual se generan derechos en cabeza de los consumidores y usuarios y paralelamente se imponen obligaciones al Estado para asegurar esos derechos. Estas obligaciones procedimentales del Estado se edifican en gran medida a partir del derecho de participación de los ciudadanos, tal como oportunamente decidió la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo en los autos “Youssefian, Martín c/Secretaría de Comunicaciones”.²

El instituto en el derecho comparado

Diversas son las técnicas de participación ciudadana (formales o informales) en la actividad estatal que en el derecho comparado coadyuvan al ámbito de protección de los consumidores y usuarios y de todos los habitantes en cuestiones de interés general. En este sentido resulta útil relevar –al menos conceptualmente– las diversas formas conocidas en los Estados Unidos de Norteamérica. Los llamados *contactos clave* constituyen una de las formas más simples de involucrar

1. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 5^{ta} edición, 1996, p. 61.

2. LL, 1998, (D-712). Un buen comentario sobre el fallo puede verse en Sacristán, Estela B., “Participación ciudadana previa a la toma de decisión administrativa: acerca de algunos de sus fundamentos en el derecho inglés”, *La Ley*, Suplemento de jurisprudencia de Derecho Administrativo, 16-04-99.

a la ciudadanía y consisten en que el administrador de cualquier esfera del gobierno consulte a líderes del ámbito de la economía de una comunidad o a dirigentes de grupos organizados que representan los distintos intereses sociales.

Las *comisiones asesoras* (una técnica muy difundida) intervienen para solicitar que los representantes de diversos grupos relevantes de la sociedad presten servicios en una comisión que tiene por fin asesorar sobre una política o asuntos específicos. Las llamadas *encuestas ciudadanas* que se estructuran a partir de cuestionarios destinados a obtener la opinión de la ciudadanía sobre asuntos de interés público o sobre servicios que presta el Estado. Los *contactos ciudadanos* que consisten en una técnica por la cual la ciudadanía se pone en contacto con el gobierno a propósito de diversos programas políticos o temas específicos.

La *negociación y la mediación* se las emplea asiduamente para resolver conflictos multipartes tales como los que afectan, por ejemplo, al medioambiente y que han tenido notorio crecimiento en los últimos años en el país.

La audiencia pública –prevista en las leyes regulatorias de los servicios públicos de transporte y distribución de electricidad y gas y en el decreto de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones– constituye, como ha reconocido doctrina y jurisprudencia, uno de los cauces posibles para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos en cuestiones de interés general.

Como bien señala Gordillo,³ existe una diferencia importante entre las denominadas audiencias públicas y las sesiones públicas. Esta última implica celebrar una audiencia administrativa con asistencia pasiva del público, radio, televisión, etc., o sea que tal asistencia pasiva no supone –en principio– comunicación o intercambio de ideas. En cambio, cuando se quiere involucrar la participación activa de un amplio público se recurre a las llamadas audiencias públicas, cuyos antecedentes directos de la recepción del instituto en nuestro derecho los encontramos en los Estados Unidos.⁴

3. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo, II: La Defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 3^{ra} edición, 1998, capítulo XI.

4. Ver John Clayton Thomas, *Public participation in public decisions. New skills and strategies for public managers*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1995, p. 12.

Cabe apuntar respecto de este instituto, que en el derecho americano el orden local precedió al federal imponiendo este requerimiento a ciertos organismos públicos. Una ley de Kansas de 1968 regulaba encuentros de consejeros escolares; otra del estado de Utah, la apertura al público de las sesiones del órgano legislativo; el estado de Florida tuvo su primera ley de sesiones abiertas en 1905.

Hacia fines de la década del setenta, sólo cuatro de los cincuenta estados americanos carecían de una ley que regulara algún aspecto de esta materia, al menos en cuanto al funcionamiento de ciertos sectores de la administración.⁵

Disposiciones constitucionales

Tanto en la Constitución Federal como en las constituciones de los Estados existen previsiones que operan sobre el instituto. Así, muchas constituciones de los Estados establecen requisitos especiales acerca de la publicidad de los actos de ciertos organismos o de los actos de preparación de ciertas normas de carácter o alcance especial, parecería que cuanto más acotado es el campo de aplicación de la norma mayor es el deber de dar a publicidad previamente durante su gestación, tal es el caso de las constituciones de Alabama, Arkansas o New Jersey.

Casi todas las constituciones de los Estados contienen previsiones genéricas sobre el debido proceso que opera sobre el instituto. Así, por ejemplo, en “Brown’s Ferry”⁶ el Superior Tribunal del Estado determinó la necesidad de audiencia pública previa a la adjudicación de un contrato para la recolección de residuos, ya que era el público el que iba a estar afectado cuando se efectuara la adjudicación de la contratación.

Convocatoria de las audiencias

En términos generales, están obligados a abrir sus reuniones al público todos aquellos organismos públicos colegiados que deliberen. El género abarca, sin pretender agotar la nómina, entidades de los Estados como comisiones de servicios públicos y de empresas de servicios públicos, de comercio, de juegos, de ética, colegios profesionales, entidades regionales de gobierno, etc.

5. Hoy las tienen todos. Ver “Open meetings laws: and analysis and a proposal”, *Mississippi Law Journal*, vol. 45, p. 1151 y ss.

6. “Brown’s Ferry Waste Disposal Center inc. V. Trent”, 611 So.2d. 226 (Alabama 1992).

Quórum, deliberaciones, votaciones

En algunos Estados se establece que las reuniones accidentales o casuales no constituyen sesiones a los efectos de las leyes de *open meetings* o que tales leyes no se aplican a esa clase de reuniones. Otros Estados definen *sesión* como reunión convenida previamente de los miembros del organismo a fin de deliberar acerca de un asunto público o para adoptar un accionar oficial. La definición de quórum que se aplica para que pueda haber *sesión* es sencilla y consiste en la mayoría simple de los miembros del organismo. Respecto de las deliberaciones, algunos regímenes prevén que en las sesiones *se deliberará* y otros Estados prevén que *se adoptará un accionar*. La diferencia es importante ya que en el segundo caso, como no se delibera el público sólo tiene acceso a la culminación del proceso por el cual el organismo tomará en consideración un asunto y no puede presenciar las etapas anteriores. En relación con las votaciones se puede decir que, en general, los miembros de los organismos públicos deben votar abiertamente, acto que se hace constar en las actas, ya sea que los miembros presentes hayan efectivamente votado o se hayan abstenido de hacerlo. Las prescripciones legales sobre voto secreto se hallan prácticamente prohibidas en todas las leyes sobre sesiones públicas.

Aspectos de la participación del público

Que el público tenga oportunidad de expresarse ante el organismo público que se halla sesionando depende de las normas que regulan a este último. Es que se confiere a los organismos la capacidad de adoptar normas que reglen la naturaleza y duración de las intervenciones del público presente. Así, según de qué organismo y de qué Estado se trate, será más o menos amplia la participación del público, se podrá exponer (habitualmente con limitaciones) o presentar datos, opiniones o contraargumentos en forma oral o escrita. Otras veces, se exige que las personas que se van a dirigir al organismo se registren con anterioridad a que comience la sesión. En lo que atañe al comportamiento del público presente, esto es si efectúa interrupciones o si incurre en otros comportamientos expresivos, las opinio-

nes son en general coincidentes: se puede expulsar a los que alteran el orden de la sesión en curso.⁷

Algunas alternativas en caso de incumplimiento

Todos los ordenamientos locales exigen como prerrequisito la demostración de legitimación activa suficiente para iniciar acciones por incumplimiento de la ley respectiva de sesiones públicas. Así, en caso de violación de las leyes de audiencias públicas poseen *standing* o legitimación activa para instar alguno de los remedios jurisdiccionales disponibles los miembros del público; el *attorney general*; o el fiscal de distrito (*district attorney*) y también el organismo en cuestión y sus miembros. En el concepto de público habitualmente se incluye a los periodistas que cubren el evento. Las alternativas disponibles que tienen los legitimados activos son acciones tendientes a lograr una declaración; medidas cautelares innovativas; y acciones de nulidad del acto resolutivo. Respecto de las primeras, ciertas leyes de audiencias públicas la establecen expresamente. Así, por ejemplo, en Connecticut se las permite a los fines de lograr la grabación y transmisión masiva de dichos eventos. En Pennsylvania se puede solicitar una medida cautelar estando pendiente de resolución la legalidad de la sesión pública en la cual se tomó determinada medida. En tal sentido, verificada la causal, se otorga la medida.

Las acciones mencionadas en segundo lugar están previstas específicamente en las leyes de audiencias públicas de muchos Estados como Nebraska y Utah. Las medidas de tipo innovativo, a diferencia de las que antes describimos como cautelares, dependen de un grado de discrecionalidad por parte del Tribunal cuando llega el momento de otorgarlas o no. Por último, la acción de nulidad está prevista prácticamente en todas las leyes de los estados de audiencias públicas, a fin de lograr la anulación de la medida adoptada sin sesión pública previa. Los factores que se toman en consideración ante un pedido de nulidad son: en qué grado la violación de la norma impidió el acceso a la sesión pública a la cual el pueblo tenía el derecho a concurrir; en qué medida la violación de la norma impidió que el pueblo cono-

7. Ver "Open meetings statutes: the press fights for the right to know", *Harvard Law Review*, vol 75, p. 1199, esp. p. 1200, 1962, transcripto en Stephen G. Breyer, *Administrative law and regulatory policy*, Little, Brown & Co., Boston, 1992, p. 963.

ciera o comprendiera el asunto tratado; si la violación de la norma por el organismo convocante fue aislada o reiterada; los efectos de la declaración de nulidad y si medió mala fe tendiente a soslayar las prescripciones de la ley.

La jerarquía que el principio de sesiones públicas tiene en los Estados Unidos ha instado el examen somero de su tratamiento, su concepción jurídica y sus peculiaridades, en un sistema de Derecho Administrativo que responde a fuentes y orígenes diferentes del nuestro.

Particularidades del instituto en la Ciudad

Sin duda, la senda de la consolidación de nuestras reglas jurídicas sobre audiencias públicas se encuentra en franco avance como uno de los procedimientos participativos de la ciudadanía en temas de interés que la pueden afectar directamente. En este sentido, estamos convencidos de que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (CCABA) ha dado un paso trascendente en la institucionalización de este tipo de técnicas de participación que tienen por objeto final el perfeccionamiento del sistema democrático.

Las audiencias públicas previstas por el artículo 63 son, para el poder público, voluntarias u obligatorias en los casos en los que media una iniciativa popular impulsada por el medio por ciento del electorado, o en los casos especialmente indicados en el texto constitucional relacionados con leyes sobre edificación, planeamiento urbano, emplazamientos industriales o comerciales, o sobre modificaciones del dominio público.

Bien podría el constituyente haber incluido otros supuestos (sin perjuicio de aquellos especiales como el caso de designación de magistrados del artículo 120 CCABA) pero se ha limitado a estos, y si bien la nómina nos parece limitada, no podemos dejar de celebrar el avance que implica otorgar jerarquía constitucional a esta institución de la democracia participativa que favorece no sólo la presencia ciudadana sino particularmente el control de los actos de gobierno.

La reglamentación de las audiencias públicas

La reglamentación del instituto en la Ciudad está dado por las leyes N° 6⁸ (audiencias públicas); N° 533⁹ (modificación de la Ley N° 6); N° 567-¹⁰ (modificación de la Ley N° 6); y N° 4027¹¹ (modificación de la Ley N° 6).

La Ley N° 6 regula el Instituto de Audiencia Pública, estableciendo que constituye una instancia de participación en el proceso de toma de decisión administrativa o legislativa, en el cual la autoridad responsable de la misma habilita un espacio institucional para que todos aquellos que puedan verse afectados o tengan un interés particular expresen su opinión respecto de ella (artículo 1). Las opiniones recogidas durante la audiencia pública son de carácter consultivo y no vinculante, a pesar de que, lógicamente, el acto administrativo que surja debe ser motivado y explicitar de qué manera se han tomado o desechado las opiniones de los participantes.

La omisión de la convocatoria a la audiencia pública, cuando esta sea un imperativo legal, es causal de nulidad del acto que se produzca en consecuencia, así como de anulabilidad el incumplimiento del procedimiento estipulado.

Según la ley, las audiencias públicas pueden ser temáticas, de requiritoria ciudadana o para designaciones y acuerdos. Las temáticas son las que se convocan a efectos de conocer la opinión de la ciudadanía respecto de un asunto objeto de una decisión administrativa o legislativa y pueden ser obligatorias o facultativas. Las obligatorias son aquellas que se encuentran previstas como tales en la Constitución de la Ciudad o que la ley así lo establezca, siendo facultativas todas las restantes.

Asimismo, las audiencias públicas temáticas pueden ser convocadas por el Poder Ejecutivo de la Ciudad, por la Legislatura o por las Comunas. El Poder Ejecutivo convoca a Audiencia Pública Temática mediante decreto, especificando el área del gobierno que tendrá a su cargo la decisión respecto del tema de la audiencia. El jefe es la autoridad convocante y preside la audiencia pública, pudiendo desig-

8. Publicación: BOCBA 03/04/98.

9. Publicación: BOCBA 05/12/2000.

10. Publicación: BOCBA 08/05/2001.

11. Publicación: BOCBA 23/03/2012.

nar como reemplazante un miembro de gabinete. Es inexcusable la presencia de los funcionarios del Poder Ejecutivo que resulten competentes para resolver en razón del objeto de la audiencia pública. El presidente de la Legislatura es la autoridad convocante y preside la audiencia pública, pudiendo designar como reemplazante a los vicepresidentes o vicepresidentas del cuerpo en su orden, o al presidente o la presidenta, o vicepresidente o vicepresidenta de la Comisión o Junta competente, en su orden.

La Legislatura debe establecer una única unidad administrativa que actúa como Organismo de Implementación encargado de organizar todas las audiencias públicas que ella realice, con las facultades y el presupuesto suficiente para cumplimentar lo establecido en esta ley. Las Comunas convocan a audiencia pública conforme establece la ley que prescribe su organización y competencia.¹² La Junta Comunal es la autoridad convocante. El presidente o presidenta de la Junta Comunal preside la audiencia pública, pudiendo designar a otro miembro de la Junta Comunal como reemplazante.

Son audiencias públicas de requisitoria ciudadana aquellas que deben convocarse cuando así lo solicite el medio por ciento del electorado del último padrón electoral de la Ciudad, la Comuna o las Comunas al Poder Ejecutivo, a la Legislatura o a las Comunas. La requisitoria para la realización de una audiencia pública debe contener una descripción del tema objeto de la audiencia. En caso de conflicto de competencia de poderes acerca de la pertinencia de la autoridad convocante propuesta en la requisitoria ciudadana, es el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad quien se expide al respecto. La verificación de la autenticidad de las firmas requeridas para la convocatoria está a cargo del tribunal con competencia electoral para la Ciudad de Buenos Aires.

La audiencia pública para designaciones o acuerdos se realiza al solo efecto de considerar la idoneidad y las impugnaciones, en caso que las hubiere, de las personas propuestas para ocupar el o los cargos. La convocatoria a audiencia pública se realiza por Resolución de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control.

Dicha convocatoria debe darse a publicidad dentro de los primeros cinco días hábiles a partir de la sanción de la resolución de

12. Ley N° 1777.

convocatoria en por lo menos tres diarios de mayor circulación en la Ciudad, en el Boletín Oficial y en la emisora radial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el plazo de dos días hábiles. Toda impugnación a una candidatura debe ser fundada y presentada en forma escrita. El plazo para efectuar impugnaciones es de cinco días hábiles, contados a partir de la finalización del período de publicidad, con posterioridad a dicho plazo sólo pueden efectuarse impugnaciones basadas en hechos nuevos.

Son considerados participantes los diputados y diputadas de la Ciudad, los candidatos y candidatas propuestos, toda persona cuya impugnación no haya sido desestimada y el Defensor del Pueblo.

La audiencia es presidida por el presidente o presidenta de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control, asistido por el o los presidentes o presidentas de las Comisiones de Asesoramiento Permanente y/o juntas involucradas en el tema, pudiendo delegar dicha función en el vicepresidente o vicepresidenta de la Junta.

Se da comienzo a la audiencia pública realizando una presentación de los antecedentes curriculares de cada uno de los candidatos y candidatas propuestos. Finalizada la audiencia, la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control, con la o las Comisiones de Asesoramiento Permanente y/o juntas involucradas en el tema, produce un dictamen cuando se trate de acuerdos y un informe cuando se trate de designaciones, que es girado al cuerpo, debiendo tomar en cuenta las informaciones, objeciones u opiniones vertidas y dejar expresa constancia, en caso de desestimarse las impugnaciones, de los fundamentos de tal decisión.

Es participante de una audiencia pública toda persona física o jurídica con domicilio en la Ciudad de Buenos Aires o en la comuna de acuerdo al tipo de audiencia de que se trate. Debe invocar un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con el temático objeto de la audiencia, e inscribirse en el registro habilitado a tal efecto por el organismo de implementación. También se considera como participantes a las autoridades de la audiencia y a los expositores definidos como tales en la ley.

El público está constituido por aquellas personas que asistan a la audiencia sin inscripción previa, pudiendo participar mediante la formulación de una pregunta por escrito, previa autorización del presidente o

la presidenta de la audiencia. La autoridad convocante puede por sí, o a pedido de los participantes, invitar a testigos y expertos, nacionales o extranjeros, a participar como expositores en las audiencias públicas, a fin de que faciliten la comprensión del temático objeto de la audiencia.

Se considera expositor al Defensor o Defensora del Pueblo, los funcionarios o funcionarias del Poder Ejecutivo de la Ciudad, diputado o diputada de la Ciudad, miembro de la Junta Comunal, así como a los testigos y expertos y expertas. Los expositores deben comunicar al organismo de implementación su intención de participar a fin de posibilitar la confección completa del orden del día.

Con anterioridad al inicio de la audiencia, el organismo de implementación debe organizar el espacio físico, de forma tal que su distribución contemple la absoluta paridad de los participantes intervinientes. Asimismo, debe proveerse de lugares físicos apropiados para el público y para la prensa, permitiendo filmaciones, videograbaciones y otros medios de registro. Debe desarrollarse en sitios de fácil acceso para posibilitar una mayor participación ciudadana.

El organismo de implementación debe publicitar la convocatoria a audiencia pública con una antelación no menor a veinte días hábiles respecto de la fecha fijada para su realización y en espacio razonable. El organismo de implementación debe abrir un registro en el cual se inscriben los participantes y recibir los documentos que cualquiera de los inscriptos quisiera presentar en relación al tema a tratarse. Todos los participantes pueden realizar una intervención oral de cinco minutos. Las preguntas que el público o los participantes realicen por escrito, deben estar dirigidas a un participante en particular y deben consignar el nombre de quien la formula. En el caso de representantes de personas jurídicas, debe consignar también el nombre de la entidad. El presidente o presidenta resuelve acerca de la pertinencia de su lectura, atendiendo al buen orden del procedimiento.

Se debe dar cuenta de la realización de la audiencia pública, indicando las fechas en que sesionó la audiencia, los funcionarios presentes en ella y la cantidad de expositores y participantes, mediante una publicación en el Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y un informe a los mismos medios donde fuera publicada la convocatoria.

Artículo 64

El electorado de la Ciudad tiene derecho de iniciativa para la presentación de proyectos de ley, para lo cual se debe contar con la firma del uno y medio por ciento del padrón electoral. Una vez ingresados a la Legislatura, seguirán el trámite de sanción de las leyes previsto por esta Constitución. La Legislatura debe sancionarlos o rechazarlos dentro del término de doce meses.

No son objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma de esta Constitución, tratados internacionales, tributos y presupuesto.

INICIATIVA POPULAR

Por Jorge Alejandro Amaya

Concordancias:

La Constitución Nacional y el bloque de constitucionalidad: En nuestro ordenamiento jurídico federal, la iniciativa ciudadana o popular se encuentra consagrada en el artículo 39 de la Constitución Nacional (CN), introducido por la reforma de 1994. El texto nacional encuentra concordancias con los artículos 1, 22, 33, 40 y 77 CN.

Concordancias con la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires: Artículos 1, 4, 10, 11, 36, 61, 62, 65, 66, 67, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91 y 113.6.

Concordancias con las Constituciones Provinciales: Provincias de: Buenos Aires, artículo 67, inciso 1; Chaco, artículo 2, inciso 1; Chubut, artículo 263; Jujuy, artículo 118; La Rioja, artículo 81; Neuquén, artículo 309; Río Negro, artículo 238; Salta, artículo 59; San Juan, artículo 236; San Luis, artículo 97; Santiago del Estero, artículo 40; Tierra del Fuego, artículo 107.

ASPECTOS GENERALES

Sistema representativo y formas semidirectas de democracia

Tal como se ha desarrollado en innumerable cantidad de libros y trabajos de Ciencia Política, Derecho y Sociología, no es posible en el

Estado moderno el ejercicio del poder directamente por el pueblo, razón por la cual las instituciones surgidas a partir de los movimientos revolucionarios del siglo XVIII asentaron el concepto de democracia indirecta a través de la ficción de la representación.

Esta imposibilidad material del ejercicio del poder directamente por los ciudadanos indujo a Rousseau a aceptar la representación para paliar las previsibles dificultades que podrían presentarse y a Montesquieu a sostenerla bajo fundamentos similares.

La doctrina de la representación política y el sistema representativo se desarrollaron paralelamente con el parlamentarismo y con la disminución del absolutismo real.

La representación fue justificada, desarrollada y consolidada por innumerable cantidad de autores de todos los tiempos: Thomas Smith, Locke, el Abate Sieyès, Thomas Paine, Duguit, Carré de Malberg, Tocqueville, Francisco de Vitori y Georges Burdeau, sólo por citar algunos autores. La Carta Magna Americana de 1787, junto con la declaración de los Derechos del Hombre y la Constitución francesa afirmaron definitivamente el sistema representativo en el mundo occidental. A partir de entonces, el sufragio como medio de elección de los representantes y forma de transmitir la voluntad de la comunidad social otorgando a los mandatarios la legitimidad necesaria que brinda el consenso, fue transitando diferentes caminos tendientes a su universalización y a acrecentar lo más posible las bases axiológicas del sistema.

Nuestra Constitución Federal establece en su artículo 1 que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, al igual que lo hace el artículo 1 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y el artículo 22 de la Nacional reafirma que “El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta constitución”, excluyendo así todo tipo de intervención directa del pueblo antes de la reforma constitucional de 1994. A pesar de esto, antes de la reforma de 1994 y, por consiguiente, del nacimiento de la Ciudad como ente autónomo, las diferentes formas de participación directa del pueblo en cuestiones de gobierno cobraron presencia, seguramente justificadas en la necesidad cuantitativa y cualitativa de

los representantes de sentir acrecentada y sustentada la legitimidad del mandato.¹

Este sentimiento que describimos tiene su origen en la crisis que vive permanentemente el sistema representativo en general y el sustento de legitimidad en particular, tanto en el país como en muchas otras naciones. Basta observar los sucesos acaecidos en los ex países socialistas para advertir que todos llevan ínsito como causa principal un desmembramiento del sistema institucional a través de cuestionamientos a la legitimidad de sus gobernantes. Las causas originarias de esta crisis resultan de carácter interno y externo.

El avance de los medios de transporte y comunicación y el bombardeo continuo de la información en el marco social, recibida la mayoría de las veces sin la posibilidad del procesamiento adecuado, han conducido a un estado semideliberativo del cuerpo comunitario, bajo el convencimiento de que la legitimidad de los mandatarios no pasa exclusivamente por el acto formal del voto. Muchos integrantes de la sociedad han mutado el mandato dado a los representantes, pretendiendo asignarles características imperativas, como sostenía Rousseau, y viendo en el ejercicio de las funciones de gobierno no un acto esencialmente libre, sino una especie de *comisariado* según el cual el gobernante es un prisionero del pueblo que lo eligió.

La dirigencia política principalmente, pero también la dirigencia en los distintos ámbitos institucionales privados y públicos, no supo dar respuesta a los cambios generados vertiginosamente en la sociedad. Al decir de Bidart Campos:

El poder no puede desinteresarse de lo que creen, estiman o valoran lo grupos sociales, porque si no lo toma en cuenta, corre el riesgo de que el sistema de legitimidad que él legalice no suscite consenso, o provoque repulsa.

Las causas externas son muchas y variadas, y en general no están exentas de un fuerte contenido ideológico, pero no puede dejar de mencionarse la competitividad acrecentada desmedidamente en la sociedad de nuestra época con una base axiológica exclusivamente

1. Recordemos la consulta popular por el canal de Beagle que se convocó bajo el gobierno del ex Presidente Raúl Alfonsín, declarada constitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

material, causa que lleva a un replanteo del sistema de representación y de legitimidad, no como forma de cuestionarlo en su esencia pero sí como modo de buscar incansablemente alternativas de perfeccionamiento y mayor consenso.

El proceso mundial que comenzó con la caída del muro de Berlín, extendió definitivamente la idea de que la democracia es un sistema moralmente superior. La técnica de la representación, cualquiera sean sus errores –que son muchos– ha cumplido y cumple un papel importante en el desarrollo político de los países.

Pero si bien, como parafraseó Churchill al afirmar que la designación de los gobernantes por medio de la elección popular es el peor de los sistemas salvo los demás, ciertas y actuales son las palabras de Kennedy cuando, en una oportunidad, sostuvo que era necesario generar una nueva creencia como signo de legitimidad.

La sustancia del problema y su crisis se encuentra en la discordancia entre las necesidades y expectativas del electorado y la actuación de los mandatarios, lo que vicia las representaciones por ausencia sustancial (no formal) de legitimidad. “Un sistema representativo sin representatividad en el poder es un enorme vacío, un divorcio entre sociedad y Estado, y hasta entre gobernante y Estado”.²

Tal como sostenía Georges Burdeau:

... el cuerpo electoral no es la colectividad real; no coincide con ella: la representa, lo que es muy diferente. El cuerpo electoral comprende ciudadanos; la colectividad se compone de hombres y mujeres infinitamente diversificados por sus situaciones. La colectividad tiene voluntades que preexisten al veredicto de la operación electoral.³

En la medida en que los representantes del electorado se preocupen por encontrar respuestas válidas a la *colectividad real* de la forma en que se preocupan por satisfacer los intereses del *cuerpo electoral*, el abismo existente entre ambos irá disminuyendo y, de esta forma, atenuándose la crisis del sistema representativo.

Los métodos de democracia semidirecta pueden constituirse como uno de los caminos que debemos transitar en busca de una legitimidad

2. Citado en: Pancallo D' Agostino, Martín, “Soberanía y crisis del sistema representativo”, *Boletín informativo de la Asociación de Derecho Constitucional*, año VII, n° 62, p. 14.

3. Ídem.

que muchas veces parece perdida. La legitimidad del poder se nutre de las fuentes, la nueva creencia como signo de legitimidad de la que hablaba Kennedy está íntimamente vinculada con la participación y el control popular de los actos de gobierno. En este sentido, la iniciativa popular, la consulta y la revocatoria son instrumentos válidos para evitar que la distancia entre gobernantes y gobernados se siga incrementando.

La iniciativa ciudadana. Concepto. Extensión y límites

La norma del artículo 64 de la Constitución de la Ciudad contiene el derecho de iniciativa ciudadana o popular, una de las formas de democracia semidirecta que introdujo el constituyente porteño siguiendo la senda marcada por los constituyentes federales en el actual artículo 39 de la Constitución Nacional.

A pesar de que estos temas resultan ser aparentemente novedosos, son tan antiguos como la historia política del hombre. Basta, para comprobar lo dicho, hacer un recorrido histórico partiendo de la antigua Grecia y de la famosa participación del pueblo griego en el manejo político de su ciudad.

Estos institutos fueron incorporados en las constituciones europeas sancionadas a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial. En Europa, por ejemplo, para la aprobación del Tratado de Maastricht fue necesario el referéndum (instituto también incorporado por los constituyentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el artículo 65). También fue importante el referéndum en España cuando, bajo el gobierno de Felipe González, se convocó al pueblo para determinar si ese país debía ingresar o no a la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN).

La participación activa del pueblo en las decisiones del gobierno también está consustanciada con nuestra historia, tanto sea si consideramos nuestros ancestros hispánicos como nuestra historia hispano-criolla. Basta como ejemplo el recuerdo de nuestra fecha patria del 25 de mayo, cuando el pueblo de Buenos Aires frente al Cabildo exigía saber de qué se trataba. Este hito histórico demuestra la voluntad popular enraizada en el alma de ser protagonista y de participar en los acontecimientos que marcan el rumbo de nuestra sociedad.

Fue así que en el marco de la Convención Nacional Constituyente de 1994 las formas de democracia semidirecta o semirrepresentativa encontraron un ámbito propicio en los distintos bloques políticos,

que las distinguieron como uno de los pocos temas habilitados en los que las diferencias entre los convencionales no agigantaron las distancias, y se arribó así a la redacción del actual artículo 39 CN, reglamentado posteriormente por el Congreso Federal.

Mediante la iniciativa ciudadana o popular, un porcentaje del cuerpo electoral hace que se legisle ejerciendo una función pública que determinará la actuación normativa de los órganos deliberantes. El voto o la actitud de los ciudadanos es prelegislativa. Se reemplaza o provoca la actividad estatal, por esto se la ha considerado como un derecho de petición forzado.

Existe –a nuestro criterio– una correlatividad entre la iniciativa popular, la consulta popular y el referéndum. Esta conexión se encuadra en la posición doctrinaria que sostiene una íntima relación entre iniciativa y referéndum.

Creemos que el artículo 64 de la Constitución de la Ciudad ha mejorado el funcionamiento del instituto respecto a cómo ha sido introducido en el artículo 39 de la Constitución Federal.

Por un lado, establece que la Legislatura debe sancionar o rechazar los proyectos dentro del término de doce meses, a diferencia de la imposición de “expreso tratamiento” que consigna el artículo 39 de la Constitución Nacional, cuya interpretación puede dar lugar a un tratamiento sin votación.

Por otro lado, al consignar el artículo 64 que una vez ingresado, el proyecto seguirá el trámite de sanción de las leyes previsto en la Constitución, ha limitado la reglamentación de la iniciativa, la cual en el caso Federal ha restringido en mayor medida la viabilidad operativa del instituto.

A su vez, las restricciones para que proceda la iniciativa introducidas por la Constitución Nacional han sido mantenidas por la Constitución de la Ciudad, salvo el caso de la legislación penal que corresponde en exclusividad a la competencia del Congreso Federal.

Asimismo, la rebaja al uno y medio por ciento del padrón electoral como exigencia de recolección de firmas frente al tres por ciento que fija como máximo para la ley reglamentaria la norma federal, otorga mayor viabilidad al instituto de la Ciudad Autónoma frente a su símil nacional.

La reglamentación de la iniciativa ciudadana

El instituto en la Ciudad está reglamentado por la Ley N° 40.⁴ Según la ley reglamentaria para solicitar la iniciación del procedimiento, todo proyecto de iniciativa popular debe contener el texto de la iniciativa articulado en forma de ley con los fundamentos que expongan los motivos del proyecto, y la nómina del o de los promotores.

La promoción y recolección de firmas para un proyecto de iniciativa popular son iniciadas por uno o más electores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que se constituyen en promotores y designan un representante que debe constituir domicilio en el distrito ante el Organismo de Implementación. La Legislatura establece una unidad administrativa que actúa como Organismo de Implementación.

Las firmas para la iniciativa popular se recolectan en planillas y no podrán tener una antigüedad mayor de doce meses de antelación a la fecha de presentación ante el Organismo de Implementación.

Finalizada la recolección de las firmas, el representante de los promotores debe presentar los pliegos ante el Organismo de Implementación, que dentro de los tres días hábiles los remite al Tribunal con competencia electoral en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para su verificación por muestreo, con el refrendo del presidente de la Legislatura.

Si del informe del Tribunal interviniente surge la existencia de irregularidades que superen el diez por ciento de las firmas verificadas, la iniciativa queda desestimada por resolución fundada del presidente de la Legislatura.

Cuando la iniciativa popular adquiere estado parlamentario, el Organismo de Implementación notifica al representante de los promotores el inicio del trámite. Una vez que adquiere estado parlamentario, se remite en primera instancia a la Comisión de Asuntos Constitucionales, la cual en el plazo de veinte días hábiles debe dictaminar sobre la admisibilidad formal de la iniciativa e intimar a los promotores a corregir o subsanar los defectos formales.

Cumplido el dictamen, el proyecto de ley continúa con el trámite previsto por el reglamento de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4. Publicación: BOCBA del 03/08/98.

La Legislatura debe sancionar o rechazar todo proyecto de ley por iniciativa popular dentro del plazo de doce meses. Habiendo transcurrido el plazo de once meses de estado parlamentario sin que el proyecto tenga Despacho de Comisión, el presidente debe incluirlo en el orden del día de la sesión ordinaria siguiente.

Si el proyecto de ley por iniciativa popular reúne la firma de más del quince por ciento del padrón electoral del distrito y transcurre el plazo de doce meses sin que la Legislatura haya tratado el proyecto, el Jefe de Gobierno debe convocar a referéndum vinculante y obligatorio.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA*

Por Vanesa Ferrazzuolo

Artículo 65

El electorado puede ser consultado mediante referéndum obligatorio y vinculante destinado a la sanción, reforma o derogación de una norma de alcance general.

El Poder Legislativo convoca en virtud de ley que no puede ser vetada.

El Jefe de Gobierno debe convocar a referéndum vinculante y obligatorio cuando la Legislatura no hubiera tratado en el plazo establecido un proyecto de ley por procedimiento de iniciativa popular que cuente con más del quince por ciento de firmas del total de inscriptos en el padrón de la Ciudad.

No pueden ser sometidas a referéndum las materias excluidas del derecho de iniciativa, los tratados interjurisdiccionales y las que requieran mayorías especiales para su aprobación.

Concordancias CCABA: Preámbulo y artículos 1, 11, 12 inciso 2, 52, 61, 62, 63, 64, 66 y 67.

INTRODUCCIÓN

Parto de una constatación sobre la que todos podemos estar de acuerdo: la petición de mayor democracia, tan insistente en estos últi-

* Comentario a los artículos 65, 66 y 67 de la CCABA.

mos años, se manifiesta en la demanda de que la democracia representativa sea acompañada e incluso sustituida por la democracia directa.¹

Las formas participativas de gobierno son un principio constitucional receptado a partir de la reforma de 1994, a partir de la inclusión en nuestro ordenamiento de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de las Naciones Unidas, que en su artículo 21 determina que: “Toda persona tiene el derecho a participar en el gobierno de su país directamente o por medio de los representantes libremente elegidos”. Esto fue tomado por los constituyentes de 1996, quienes receptaron en el artículo primero de la Constitución de la Ciudad la organización de las instituciones autónomas como democracia participativa, e incluyeron como Título Segundo de la Constitución de la Ciudad los derechos políticos y la participación ciudadana. Se mantienen incólumes los conceptos de forma de gobierno representativa, republicana y federal, y el principio de que el pueblo no delibera sino por medio de sus representantes; se amplían las fórmulas no sólo representativas, sino participativas de los ciudadanos.²

Por sistema representativo me refiero a un ordenamiento político destinado a reemplazar al sistema de democracia directa, y mediante el cual un grupo de personas lleva adelante la tarea cotidiana de organizar (a través del dictado de normas legales) la vida en sociedad, en nombre y representación del resto de la ciudadanía. Hoy, dentro de las sociedades democráticas, se entiende que una determinada medida cuenta con suficientes garantías de imparcialidad cuando ha sido objeto de una profunda discusión pública. Al momento de diseñarse el sistema representativo, en cambio, se asumía que cuanto mayor era el grado de discusión colectiva que acompañaba una determinada medida, mayores eran los riesgos de que se adoptasen soluciones parciales. Se sostuvo que las asambleas populares tendrían a dejarse llevar por ánimos apasionados y no por la razón, y a orientarse así hacia comportamientos “facciosos”. De allí que en la Constitución luego redactada se desalentase la discusión pública, se buscase independizar a la clase dirigente de la ciudadanía y se estableciesen controles contramayor-

1. Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Buenos Aires, Ediciones Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 49.

2. De Giovanni, Julio, *La Ciudad de Buenos Aires y la nueva Constitución. Una autonomía fundacional*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, pp. 206 y 207.

ritarios más que estrictos sobre la Cámara de Diputados (entendida siempre como “cámara popular”). Hoy, razonablemente, prevalece la idea de que la deliberación colectiva es un ingrediente necesario para dotar al proceso de toma de decisiones de una debida imparcialidad.³

La democracia representativa y participativa integran, aun en su diversidad, una unidad como dos caras de una misma moneda, en la cual ambas convergen a fin de asegurar progresivamente una sociedad más democrática y construir una Ciudad Estado en la cual la transparencia, la equidad y la participación sean valores a disposición de toda la ciudadanía.⁴

El origen institucional de estas prácticas se puede ubicar hacia fines del siglo XVIII y principios del XIX. Fundamentalmente se aplicaron en algunos casos en la Revolución Francesa, pero en el orden institucional fueron dos países que sembraron esta tradición: Estados Unidos de América, que la adopta como práctica habitual –y aún hoy vemos que debates públicos de gran trascendencia se gestionan tanto a nivel local como estatal y federal por medio de estos mecanismos–, y Suiza, donde se dice que el referéndum es la segunda forma de gobierno a nivel federal.⁵

El sufragio, además de la función electoral, tiene una función de participación gubernativa. Esta función de participación, menos generalizada que la función electoral, está vinculada a las formas semidirectas de democracia. Se trata de una técnica de participación directa en el proceso de formulación de las decisiones políticas, jurídicas y administrativas del gobierno. Es una forma concreta de participación del cuerpo electoral, y considerado individualmente, por parte de los ciudadanos. El elector quiere algo más que ser bien gobernado, quiere gobernar. En la estructura del gobierno de la sociedad actual adquiere una dimensión nueva y se convierte en el derecho a gobernar y ser bien gobernado. El

3. Gargarella, Roberto, “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”, *Revista Isonomía*, n° 2, Ciudad de México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1995, pp. 89-108. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcmk6p6>

4. Elgassi, Alberto Ángel, *La democracia participativa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Ensayos, disponible en: www.juridicas.unam.mx, 08/03/2011, p. 199.

5. Belasio, Alfredo, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, Buenos Aires, Ediciones Ulpiano, 1998, pp. 123-125. Citando a la Convencional Silvia Ruth Collin.

advenimiento de la democracia contemporánea obligará a reconocer a toda persona legalmente capacitada el derecho a tomar parte directamente en el gobierno de su país mediante el referéndum o cualquier otro medio de consulta o participación popular. Voluntad popular, participación directa en el gobierno y elecciones auténticas, periódicas y libres son los soportes políticos de la democracia contemporánea.⁶

Por cierto, inexorablemente esta garantía estará ligada como condición basal al efectivo derecho a la información de la ciudadanía, de modo de poder ejercerla como algo natural, como parte de una cultura cívica ciudadana madura, integradora con las restantes garantías constitucionales y verdaderamente participativa. Ambas caras de la voluntad democrática se relacionan y retroalimentan, por ello el vínculo no es neutro sino proactivo, donde una puede ser antecedente o condicionante de la otra. Ambas constituyen expresiones de voluntad más o menos remota, más o menos actual y más o menos elaborada, y por tanto, en el corto plazo, pueden entrar en colisión; sin embargo, es de esperarse que se alineen con el tiempo.⁷

¿O acaso alguien puede dudar de que la democracia semidirecta, aun cuando algunos de sus institutos no sean de carácter vinculante, se encuentra en condiciones de explicitar demandas y opiniones de la sociedad como vía alternativa y ágil a sus representantes en sus diversos ámbitos de organización de poder y equilibrar hábilmente, al mismo tiempo, las presiones de los grupos de interés tradicionalmente organizados? En tal caso, ¿cuánto tiempo podrá la representación política tradicional no recepcionar la voluntad política organizada horizontalmente? ¿Se atrevería a desoírla?⁸

La realidad es que los institutos de la democracia participativa constituyen fecundos instrumentos para atenuar la crisis de representatividad y desarrollar las virtudes cívicas que deben ser inculcadas incluso desde la iniciación escolar. La proposición básica que encontramos por detrás de los mecanismos de democracia directa, en palabras de la convencional Collin, es que todos los ciudadanos tenemos la posibilidad de iniciar y decidir por nosotros mismos medidas legis-

6. Cfr. CSJN, “Baeza, Aníbal Roque c/Estado Nacional”, 28/08/1984. Del voto en disidencia del Dr. Fayt. Extracto del Considerando 5.

7. Elgasi, Alberto Ángel, *op. cit.*, pp. 199 y 200.

8. Ídem.

lativas, como también actuar como legisladores, decisores y poseer competencia legal sobre la conveniencia de determinadas medidas y políticas. En definitiva, lo que estamos diciendo es: déjese al pueblo decidir.⁹ El convencional Argüello sostuvo que mientras todas las cuestiones irrelevantes se discutían en los ámbitos participativos que se creaban, las cuestiones más relevantes y a veces las que podían ocasionar el mayor perjuicio para la ciudadanía se discutían en otro lado; la gente se enteraba a través de los diarios.¹⁰

Finalmente, no es ocioso destacar que los propios constituyentes expresaron su preocupación en el sentido de que estas figuras constitucionales fueran distorsionadas al momento de su reglamentación o se malograsen por confundir a la ciudadanía en atención a su gran número y variedad (logrando un efecto diferente al pensado), o incluso se vieran afectadas desfavorablemente por su propia dinámica en su funcionamiento. Puntualmente, el convencional Martínez afirmó que los mencionados institutos representan un significativo avance para el funcionamiento democrático de esta ciudad y, si se quiere, presentan el obstáculo práctico de que son demasiadas cosas al mismo tiempo, que deberán ser explicitadas y ordenadas para que la ciudadanía haga un uso ágil y rápido de dichos instrumentos.¹¹

REFERÉNDUM OBLIGATORIO Y VINCULANTE

Definición

Es un instituto de la democracia participativa a través del cual se somete a decisión del pueblo la sanción, reforma o derogación de una norma de alcance general; esto es, normas dictadas por la Legislatura, pero también por el Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires. El voto es obligatorio y el resultado vinculante.

Antecedentes

El convencional Gustavo Vivo afirmó que

9. Cfr. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1996*, op. cit.

10. Ídem.

11. Ídem.

... este instituto tuvo su origen en Suiza y cobró un importante desarrollo en la Unión Americana. Aparece en Francia en 1789 y es consagrado en las constituciones francesas de 1946 y de la V República, en 1958. Cobró auge durante el período de constitucionalismo social con las constituciones austríacas de 1920 y de 1934, así como con la Constitución española de 1931. En nuestro país el mismo instituto del referéndum ha sido recogido por varias constituciones provinciales, entre ellas las de Mendoza, Buenos Aires, Chubut, Misiones y Córdoba.¹²

Además, esta figura se encuentra prevista en la Constitución Nacional, en su artículo 40.

Características

Como principio general, es el Poder Legislativo quien *puede* (facultativo) convocar al referéndum, en virtud de ley que no puede ser vetada, sancionada en sesión especial convocada al efecto. Al igual que a nivel nacional, no se requiere una mayoría especial para la aprobación de esta ley, es suficiente la mayoría absoluta (la mitad más uno) de los miembros presentes.

El único punto que se considera especialmente obligatorio para la convocatoria a un referéndum, en palabras del convencional Martínez, es cuando la Legislatura esté en falta con respecto a una obligación, como acontece en el caso de no tratarse una ley que contara con la iniciativa popular y que hubiera sido apoyada por más del 15% de las firmas del total de inscriptos en el padrón. En ese caso es el Jefe de Gobierno quien debe disponer el referéndum.¹³ Es decir que el Poder Ejecutivo *debe* (obligatorio) convocar a referéndum mediante decreto y dentro de los 90 días, sólo cuando la Legislatura no hubiere tratado en el plazo de doce meses un proyecto de ley por procedimiento de iniciativa popular que cuente con más del 15% de firmas del total de inscriptos en el padrón electoral de la Ciudad. Esto fue pensado, evidentemente, como un mecanismo de reaseguro para impedir que proyectos originados en la iniciativa popular terminen durmiendo en los cajones de la Administración. Pero es prácticamente imposible que este supuesto se dé en los hechos. No es ocioso recordar que el instituto de la iniciativa

12. Ídem.

13. Ídem.

popular para la presentación de proyectos de ley, exige solamente el 1,5% de firmas del total del padrón. ¿Por qué el electorado juntaría diez veces la cantidad de firmas que se le exige para presentar un proyecto de ley? Debería, en tal caso, pensar de antemano que el Poder Legislativo va a incumplir su deber constitucional de tratar dicho proyecto en el lapso de doce meses, para así obligar al Jefe de Gobierno a decretar el referéndum. O tendría que ser un caso de tanta importancia y trascendencia pública como para que la ciudadanía se vuelque, por sí, masivamente, a impulsar aquel proyecto. Eventualmente, ante semejante circunstancia, sería muy difícil –por la propia situación política y social– que la Legislatura se permita no darle tratamiento al proyecto en cuestión.

Podemos concluir que este instituto, al menos en la práctica, solamente está en cabeza del Poder Legislativo, quien puede convocarlo de manera discrecional.

En mi opinión, si conceptualmente la voluntad del constituyente tiene que ver con hacer obligatorio el referéndum cuando el Poder Legislativo no cumpla con su deber constitucional de tratar un proyecto de ley originado en el pueblo, no se visualiza ninguna funcionalidad para el requisito extra del 15% de firmas. La sola circunstancia de que la Legislatura se aparte de la Constitución, al no dar tratamiento a un proyecto de dichas características, debería ser suficiente para tornar obligatorio el referéndum posterior. Por otro lado, podría haberse contemplado como supuesto diferenciado, el referéndum –obligatorio y vinculante–, pero con el pueblo como sujeto activo y, allí sí, incluir la exigencia del 15% del padrón.

Procedimiento

La reglamentación porteña de este instituto es efectuada a través de la Ley N° 89, de 1998. Es anterior a la reglamentación nacional, que se realizó recién en 2001 (Ley N° 25432). En su artículo 7 establece que la ley o decreto de convocatoria, según corresponda, debe contener el texto íntegro de la norma de alcance general a ser sancionada o derogada o el articulado objeto de modificación; la pregunta que ha de responder el electorado, formulada de manera afirmativa; y la fecha de realización de referéndum, que no puede coincidir con la de otro acto eleccionario nacional o local.

La ley establece claramente que la pregunta debe formularse con objetividad, claridad y precisión sin insinuar directa o indirectamente el sentido de la respuesta, no admitiéndose ningún preámbulo, nota explicativa, considerando, logo, dibujo o fotografía que puedan inducir o confundir al electorado.

La convocatoria se publica en el Boletín Oficial con una antelación no menor a treinta ni mayor a noventa días, respecto de la fecha fijada para la realización del referéndum. Por otro lado, se debe difundir durante cinco días en la emisora radial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; en dos de los diarios de mayor circulación de la Ciudad, durante dos días y en todo otro medio de difusión gráfico, televisivo, radial o informático del que disponga la autoridad pública que corresponda.

La sanción, reforma o derogación es aprobada cuando el voto afirmativo obtiene la mayoría absoluta (más del 50%) de la masa de votos válidamente emitidos (votos por “sí”, votos por “no” y votos en blanco). Aquí hay una diferencia con la consulta popular obligatoria y vinculante de la Constitución Nacional, donde para determinar el resultado se computan únicamente los votos válidos afirmativos, excluyéndose el voto en blanco (que es un voto válido, pero no afirmativo). También se diferencia del referéndum nacional en tanto este último exige un piso de participación del 35% del padrón para que el procedimiento sea válido, mientras que el instituto porteño no requiere ningún piso.

En caso de que no se obtenga la mencionada mayoría, la norma de alcance general sometida a la decisión del electorado no puede volver a considerarse en los dos años legislativos subsiguientes.

Materia de referéndum

Se ha explicado que por medio del instituto del referéndum obligatorio y consecuentemente vinculante en sus resultados, se le ha reconocido al pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires su derecho a tomar participación directa en la sanción, reforma o derogación de normas de alcance general; es decir, normas dictadas por el Poder Legislativo, pero también por el Jefe de Gobierno. Esto significa que también los decretos legislativos del Poder Ejecutivo pueden ser sometidos a referéndum, derogatorios o modificatorios por la Legislatura en la medida en que ellos estuvieran excediendo el marco normativo que habilita la potestad legislativa del Ejecutivo. Lo que no puede nun-

ca refrendarse es el ejercicio de una potestad reservada y exclusiva que tenga el Ejecutivo, por ejemplo el dictado de decretos autónomos en materia administrativa o un decreto reglamentario que no hubiera excedido el respectivo ámbito competencial.¹⁴

No pueden ser sometidas a referéndum las materias excluidas del derecho de iniciativa; esto es, las referidas a la reforma de la Constitución, Tratados Internacionales, tributos y presupuesto, a lo que se agregan los tratados interjurisdiccionales y aquellos proyectos que requieran mayorías especiales para su aprobación. Estas últimas están establecidas en la Constitución de la CABA en los artículos 81 y 82. El primero exige a la Legislatura mayoría absoluta del total de sus miembros, es decir 31 votos, para: 1. dictar su propio reglamento; 2. sancionar los códigos Contravencional y de Faltas, el Contencioso Administrativo, Tributario, Alimentario y los procesales; la ley general de educación, la básica de salud, la ley sobre la organización del Poder Judicial, la de la mediación voluntaria y las que requiere el establecimiento del juicio por jurados; 3. aprobar y modificar los códigos de Planeamiento Urbano, Ambiental y de Edificación; 4. sancionar, a propuesta del Poder Ejecutivo, el plan urbano ambiental de la Ciudad; 5. crear organismos de seguridad social para empleados públicos y profesionales; 6. aprobar los acuerdos sobre la deuda de la Ciudad; 7. imponer nombres a sitios públicos, disponer el emplazamiento de monumentos y esculturas y declarar monumentos, áreas y sitios históricos; 8. legislar en materia de preservación y conservación del patrimonio cultural, y 9. imponer o modificar tributos. El artículo 82 sostiene que la Legislatura, con la mayoría de los dos tercios del total de sus miembros (es decir, 40 votos):

1. Aprueba los símbolos oficiales de la Ciudad.
2. Sanciona el Código Electoral y la ley de los partidos políticos.
3. Sanciona la ley prevista en el artículo 127 de esta Constitución. Interviene las comunas cuando existiere causa grave; el plazo de intervención no puede superar en ningún caso los noventa días.
4. Aprueba transacciones, dispone la desafectación del dominio público y la disposición de bienes inmuebles de la Ciudad.

14. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires comentada*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1996, pp. 177-179.

5. Aprueba toda concesión, permiso de uso o constitución de cualquier derecho sobre inmuebles del dominio público de la Ciudad, por más de cinco años.
6. Disuelve entes descentralizados y reparticiones autárquicas.

En relación con los tratados interjurisdiccionales, se ha empleado por extensión el mismo criterio que con los Tratados Internacionales. Se ha querido mantener en la esfera exclusiva de los órganos representativos el tratamiento de cuestiones que comprometen a más de una voluntad institucional. Esto se ha hecho con el objeto de impedir que las circunstancias que rodean la coyuntura política –propias de una campaña electoral– sean capaces de comprometer las relaciones internacionales o intrafederales, cuyo manejo generalmente es el producto de delicadas gestiones que se encaminan a la construcción de importantes y delicados consensos regionales.¹⁵

Al momento de sancionarse la Constitución, algunos planteaban que la convocatoria a referéndum fuera obligatoria cuando se hubiere sancionado y promulgado una ley por la que se otorgasen concesiones de obras o de servicios públicos por períodos mayores de quince años. Otros, decían que el Jefe de Gobierno debía convocar a referéndum vinculante y obligatorio en caso de creación o aumento de tributos y en caso de aumento de la retribución de los funcionarios electivos de la Ciudad. Finalmente, todas estas materias fueron excluidas del referéndum, aunque la materia tributaria fue incluida en la consulta popular (no vinculante y no obligatoria).

No parece razonable que la Constitución haya limitado las materias del referéndum vinculante. Implica ello una tremenda desconfianza en el pleno ejercicio de la soberanía popular.¹⁶

Artículo 66

La Legislatura, el Gobernador o la autoridad de la Comuna pueden convocar, dentro de sus ámbitos territoriales, a consulta popular no vinculante sobre decisiones de sus respectivas competencias. El sufragio no será obligatorio.

Quedan excluidas las materias que no pueden ser objeto de referéndum, excepto la tributaria.

15. Sabsay, Daniel A. y Onaindia, José M., *La Constitución de los porteños. Análisis y comentario*, Buenos Aires, Ediciones Errepar, 1997, pp. 149-151.

16. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires comentada, op. cit.*, pp. 177-179.

Concordancias CCABA: Preámbulo y artículos 1, 11, 12 inciso 2, 52, 61, 62, 63, 64, 65 y 67.

CONSULTA POPULAR NO VINCULANTE

Definición

La consulta popular es el instituto por el cual el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo o las Juntas Comunales, dentro de sus ámbitos territoriales, requieren la opinión del electorado sobre decisiones de sus respectivas competencias. El voto no es obligatorio y el resultado no es vinculante.

Es una forma de participación democrática semidirecta a través de la cual el pueblo emite su opinión a raíz de una convocatoria efectuada por la autoridad pública correspondiente. El instituto está previsto también a nivel nacional, en el artículo 40 de la Ley Fundamental.

Va de suyo que el ámbito territorial de los poderes Ejecutivo y Legislativo de la CABA es, precisamente, la Ciudad de Buenos Aires toda. Las Juntas Comunales son 15 (una por comuna) y tienen ámbitos territoriales definidos en la Ley N° 1777.

Materia de consulta popular

La norma que recepciona el mecanismo participativo lo hace, entonces, para el Gobierno central y el comunal, estableciendo que la Legislatura, el gobernador o la autoridad de la comuna puedan convocar, dentro de sus ámbitos territoriales, a una consulta popular no vinculante sobre decisiones de sus respectivas competencias.¹⁷ La iniciativa puede provenir de cualquiera de los poderes de gobierno, para asuntos de interés general, a fin de determinar una opinión que pueda ayudar a tomar una decisión a los poderes públicos.¹⁸ Instala así el espíritu de descentralización del ejercicio del poder.¹⁹

17. De Giovanni, Julio, *La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, comentarios de su Estatuto Organizativo*, Buenos Aires, Ediciones Gemma, Colección De Iure, 1996, pp. 130-132.

18. Belasio, Alfredo, *op. cit.*, pp. 123-125.

19. Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, pp. 179 y 180.

Las atribuciones de los poderes Legislativo y Ejecutivo están establecidas, respectivamente, en el artículo 80 y siguientes, y el 102 y siguientes de la CCABA.

Por su parte, las comunas tienen previstas competencias exclusivas y competencias concurrentes con el Ejecutivo. Las primeras están establecidas en el artículo 10 de la Ley N° 1777 y tienen que ver concretamente con: la planificación, ejecución y control de los trabajos de mantenimiento urbano de las vías secundarias y otras de menor jerarquía; la planificación, ejecución y control de los trabajos de mantenimiento de los espacios verdes, de conformidad con la Ley de presupuesto; la elaboración participativa de su programa de acción y anteproyecto de presupuesto anual, su ejecución y la administración de su patrimonio; la iniciativa legislativa y la presentación de proyectos de decretos al Poder Ejecutivo; y, en general, llevar adelante toda acción que contribuya al mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes y al desarrollo local, en tanto no implique menoscabo de la Ciudad en su conjunto y/o de las demás jurisdicciones comunales.

Las competencias concurrentes están establecidas en el artículo 11 del mismo cuerpo legal, y son: a) la participación en la planificación, prestación y control de los servicios; b) la decisión, contratación y ejecución de obras públicas, proyectos y planes de impacto comunal, así como la implementación de programas locales de rehabilitación y desarrollo urbano; c) la fiscalización y el ejercicio del poder de policía, de las normas sobre usos de los espacios públicos, suelo y las materias que resulten de los convenios que se celebren a tal efecto, a través de órganos con dependencia administrativa y sede en la comuna; d) la evaluación de demandas y necesidades sociales en su ámbito territorial; e) la participación en la formulación y ejecución de programas de desarrollo y promoción de derechos que, desarrollados por el Poder Ejecutivo, tengan incidencia en su ámbito territorial; f) la gestión de actividades en materia de políticas sociales y proyectos comunitarios que pueda desarrollar con su propio presupuesto, complementarias de las que correspondan al Gobierno de la Ciudad; g) la implementación de un adecuado método de resolución de conflictos mediante el sistema de mediación comunitaria, con participación de equipos multidisciplinarios; h) el desarrollo de acciones de promoción, asistencia y asesoramiento a entidades vecinales no gubernamentales, sociedades

de fomento, asociaciones cooperadoras, de consumidores y usuarios, clubes barriales y otras asociaciones civiles sin fines de lucro que actúen en el ámbito de la comuna.

No pueden ser sometidas a consulta popular las mismas materias que no pueden ser objeto de referéndum, a excepción de la tributaria. En concreto, las referidas a la reforma de la Constitución, tratados internacionales, presupuesto, tratados interjurisdiccionales y aquellos proyectos que requieran mayorías especiales para su aprobación.²⁰ Con relación a la excepción de la materia tributaria, no es ocioso recordar que, al momento de sancionarse la Constitución, hubo algunas controversias²¹ y finalmente se convino incluir el tema dentro de las posibilidades de la consulta popular no obligatoria ni vinculante.

Características

Son características distintivas de este instituto que la respuesta que se obtenga del electorado no es vinculante y la emisión del voto no es obligatoria. Esto último es consecuencia de lo anterior y por supuesto hace descartar cualquier tipo de sanción prevista por el Código Nacional Electoral o las leyes que eventualmente lo reemplacen, para quien no se presente el día del acto comicial a realizar el sufragio. Es decir, el poder que convoca a la consulta no está obligado a obedecer el pronunciamiento del electorado y tiene discrecionalidad para interpretar y mensurar el resultado de la elección.²²

En la República Argentina, previo a la sanción del artículo 40, el Presidente convocó a consulta popular no vinculante sobre el acuerdo con la República de Chile por la cuestión de límites en el canal de Beagle. En aquella ocasión, quienes se oponían a la convocatoria alegaron el impedimento constitucional que emanaba supuestamente del artículo 22 de la Carta Magna. Planteado judicialmente el caso, la Corte Suprema sostuvo que el peticionante no había presentado un agravio concreto y rechazó su petición. El juez Fayt, en disidencia, se refirió en ese entonces a la consulta popular afirmando que consiste en el derecho

20. Ver comentario al artículo 65 de la CCABA.

21. *Ibidem*.

22. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 4^o edición, 2014, p. 566.

del pueblo a intervenir directamente en la formulación y sanción de las leyes o en algunas de las etapas del proceso de su formulación y sanción, tanto en el orden constitucional y legislativo como en el administrativo, a fin de que se pronuncie por la afirmación o el rechazo de las resoluciones adoptadas por algunos de los órganos del Estado.²³ En definitiva, la consulta sobre el acuerdo con Chile fue realizada con una mayoritaria concurrencia, pese a que el sufragio no fue obligatorio para el electorado. Sin embargo, y aunque tampoco fue vinculante para los poderes del Estado, cuando el Tratado con Chile fue examinado para su aprobación o rechazo en el Congreso Federal, un legislador dijo sentirse obligado por el voto afirmativo de la ciudadanía.²⁴

Quiroga Lavié cuestiona el carácter de no vinculante del instituto. Sostiene que si se lo consulta al pueblo no se le puede decir luego que no se acata su voluntad. En rigor, estas consultas operan solamente como encuestas oficiales de la opinión pública, pero con el efecto negativo de tener el resultado no deseado de que se pueda manipular la opinión pública, a través de un manejo poco claro de la difusión que sobre la consulta se haga en los medios masivos de comunicación social. Esto puede ocurrir, sobre todo, si la consulta la lleva adelante el Departamento Ejecutivo –mucho más, por supuesto, a nivel nacional que a nivel de la Ciudad de Buenos Aires– no con el objeto de proponer nuevas medidas de gobierno, sino solamente para plebiscitar su gestión a los efectos de conseguir armar la imagen pública de que su gobierno tiene suficiente consenso. Si esto se instrumenta en tiempos electorales cercanos, no nos parece propio del sistema republicano.²⁵ Aunque reconoce que esta norma ha mejorado el modelo que propuso el artículo 40 de la CN, toda vez que, en este último, el límite de las materias que pueden ser consultadas resulta absolutamente laxo.²⁶

Por mi parte, considero que es un instituto que fortalece y fomenta la participación ciudadana en la cosa pública. Hay un mecanismo previsto para la consulta obligatoria y vinculante (instituto del referéndum) y otro para los casos de consulta popular no vinculante y no

23. Cfr. CSJN, “Baeza, Aníbal Roque c/Estado Nacional” 28/08/1984. Del voto en disidencia del Dr. Fayt. Extracto del Considerando 6.

24. Gelli, María Angélica, *op. cit.*, pp. 566 y 567.

25. Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, pp. 179 y 180.

26. Ídem.

obligatoria. No se superponen ni se excluyen, se complementan. Habrá que procurar que la utilización de uno y otro instituto sea en el sentido previsto, es decir, para proponer medidas de gobierno nuevas, alternativas, diferentes, y oír la voz del pueblo al respecto y no para plebiscitar una gestión de cara a la opinión pública en miras de moldear la imagen de un eventual candidato.

Procedimiento

El procedimiento para llamar al electorado a consulta popular, al igual que el caso del referéndum, se encuentra reglado por la Ley N° 89 de esta Ciudad. Allí se establece que puede ser convocada por: a) la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en virtud de ley, aprobada en sesión especial convocada al efecto; b) el Jefe de Gobierno, en virtud de decreto; c) las autoridades comunales mediante el instrumento que establezca la ley que regule su organización y competencias. En este sentido, la ya mencionada Ley N° 1777 ha establecido en su artículo 26, inciso j, dentro de las atribuciones y obligaciones de la Junta Comunal, la de convocar a audiencias públicas y consulta popular en el ámbito de la comuna. Por su lado, el artículo 35 inciso d, en el marco de las funciones del Consejo Consultivo Comunal, agrega la de formular solicitudes de convocatoria a consulta popular.

La consulta popular puede ser convocada conjuntamente con un referéndum o con una elección de autoridades nacionales, locales o comunales. Lo que no puede coincidir, según la propia Ley N° 89, es el instituto del referéndum con una elección nacional o local.²⁷ La convocatoria, entonces, debe contener: la decisión puesta a consideración del electorado, la pregunta que ha de responder el electorado formulada de manera afirmativa y la fecha en que se realizará la consulta popular.

Se prevé una doble difusión de la convocatoria. Uno, se publica en el Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antelación no menor a treinta ni mayor a noventa días, respecto de la fecha fijada para la realización de la consulta popular. El plazo mínimo previsto en el párrafo anterior podrá ser reducido en casos de extrema gravedad institucional.²⁸ Y dos, en la emisora radial de la Ciudad

27. Ver comentario al artículo 65 de la CCABA.

28. Conforme texto del artículo 1° de la Ley N° 163, BOCBA N° 656 del 19/03/1999.

Autónoma de Buenos Aires durante cinco días; en todo otro medio de difusión gráfico, televisivo, radial o informático del que dispongan la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Poder Ejecutivo y las Autoridades Comunales, según corresponda; y dos de los diarios de mayor circulación en la Ciudad, durante dos días.

La opinión del electorado se considera como positiva o negativa a simple pluralidad de sufragios. A diferencia del referéndum de revocatoria, que para dar lugar a la destitución del funcionario deberá contar con el 50% de los electores empadronados en el distrito.²⁹

Casos de consulta popular

La consulta no puede realizarse sino sobre una decisión a tomar por el convocante, lo que conlleva a que esa decisión se encuentre dentro de las competencias propias que el órgano consultante detenta, conforme lo prescribe la Constitución en el artículo 66 y la Ley N° 89 –reglamentaria– en su artículo 13. El TSJ, mediante acordada 3/99,³⁰ ponderó la necesidad de cumplir con este requisito, cuando el Jefe de Gobierno³¹ instó una consulta popular para conocer la opinión de los vecinos sobre la posibilidad de que el Presidente de la Nación se presentara por tercera vez como candidato presidencial, en contra de lo estipulado por la Constitución Nacional en su artículo 90. La aplicación de la regla puso de manifiesto que no se estaba consultando al electorado porteño sobre la toma de una decisión a cargo del órgano local, sino más bien se introducía en la esfera de debate y decisión de órganos federales.

Sostuvo entonces el TSJ que, tal como fuera formulada la pregunta, no implicaba tipo alguno de decisión posterior ni lo podía implicar, de manera tal que el resultado de los comicios, triunfante el sí o el no, se agotaba en el resultado mismo y equivalía entonces a una forma de encuesta. Tales encuestas son, sin dudas, posibles, pero no por la vía

29. Artículo 67 CCABA.

30. TSJ AC 3/99, 23/03/1999.

31. El Jefe de Gobierno en ese entonces, Fernando De la Rúa, mediante el Decreto N° 474-GCBA-99 convocó a consulta popular no vinculante, con la siguiente fórmula: “El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires tiene la obligación de defender la Constitución Nacional. ¿Es correcto que el Doctor Carlos Saúl Menem sea candidato a la presidencia de la Nación por un tercer período, en contra de la Constitución Nacional?”.

del instituto previsto por el artículo 66 de la CCABA. Máxime si se toma en cuenta que la consulta recae sobre una materia prohibida por la CN, lo que convierte al interrogante en “jurídicamente improponible” y al decreto convocante carente de objeto.

La pregunta que se pone a decisión del electorado debe formularse a través de un enunciado afirmativo, con objetividad, claridad y precisión, sin insinuar directa o indirectamente el sentido de la respuesta. No puede contener considerando, preámbulo, nota explicativa, logo, dibujo o fotografía alguna que pueda inducir o confundir al electorado.

El control de legitimidad sobre la proposición fáctica que constituye el punto central del decreto de convocatoria se hace al momento de evaluar el documento electoral que se utilizara para la emisión del voto, y que por supuesto debe reproducir la fórmula sobre la que se realiza la consulta. Es competencia del TSJ realizar este control, toda vez que su competencia en materia electoral ha sido establecida por la CCABA en su artículo 113 y no han sido creados los Tribunales con competencia electoral en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, por lo tanto asume la competencia exclusiva en la materia y realiza la funciones de Junta Electoral y Tribunal Electoral para efectuar el control de legalidad de las boletas de sufragio (artículo 52.1 del Código Nacional Electoral).

La Ciudad tuvo tres intentos de consulta popular. El primero, ya mencionado, fue a través del Decreto N° 474/GCCABA/99, donde el Ejecutivo porteño intentó consultar a la ciudadanía local sobre posibilidad de que el Presidente de la Nación se postulara a un tercer mandato consecutivo. El siguiente intento también fue convocado por el Ejecutivo local en 2007 a través del Decreto N° 723/GCABA/07, en el cual se consultaba al electorado local sobre la posibilidad del Jefe de Gobierno de promover la creación de la policía con competencia en materia contravencional y de faltas, mientras se mantenía el reclamo al Gobierno Federal por la transferencia de los servicios de prevención y represión del delito que prestaba la Superintendencia de Seguridad Metropolitana de la Policía Federal y los recursos presupuestarios correspondientes. El TSJ³² aprobó la redacción de la pregunta formulada por cumplir con las exigencias requeridas en la AC 3/99 TSJ. Sin perjui-

32. Cfr. AC 4/07 TSJ.

cio de ello, en virtud de encontrarse la Ciudad en medio del escenario de segunda vuelta electoral para la Jefatura de Gobierno, el mandatario saliente resolvió posponer la consulta y esta no se llevó a cabo.³³

Por último, en 2015 las autoridades de la Comuna 9 convocaron al electorado local a una consulta popular para que dicho distrito pase a denominarse “Lisandro de la Torre”. El TSJ aprobó el procedimiento y la fórmula para realizar la consulta mediante AC 18/15 TSJ, elección que fue llevada a cabo el 5 de julio de 2015 junto con las elecciones generales locales.

Artículo 67

El electorado tiene derecho a requerir la revocación del mandato de los funcionarios electivos fundándose en causas atinentes a su desempeño, impulsando una iniciativa con la firma del veinte por ciento de los inscriptos en el padrón electoral de la Ciudad o de la Comuna correspondiente.

El pedido de revocatoria no es admisible para quienes no hayan cumplido un año de mandato, ni para aquellos a los que restaren menos de seis meses para la expiración del mismo.

El Tribunal Superior debe comprobar los extremos señalados y convocar a referéndum de revocación dentro de los noventa días de presentada la petición. Es de participación obligatoria y tiene efecto vinculante si los votos favorables a la revocación superan el cincuenta por ciento de los inscriptos.

Concordancias CCABA: Preámbulo y artículos 1, 11, 12 inciso 2, 52, 61, 62, 63, 64, 65 y 66.

REVOCATORIA POPULAR

Definición

Es uno de los institutos participativos a través del cual el electorado de la Ciudad, soberano, puede abrir un procedimiento de revocatoria de mandato a los funcionarios electivos antes de su finalización. Este instituto permite una real participación ciudadana.³⁴ Es el pueblo quien puede impulsar esta iniciativa, con la firma del veinte por ciento

33. Cfr. Decreto N° 861/GCAB/07.

34. De Giovanni, Julio, *La Ciudad de Buenos Aires y la nueva Constitución. Una autonomía fundacional*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 206.

de los inscriptos en el padrón electoral de la Ciudad o comuna correspondiente y fundándose en causas atinentes al desempeño de funcionario que pretende remover.

Se diferencia de otros instrumentos de la democracia semidirecta, como la consulta popular o el referéndum, en tanto el sujeto activo es únicamente el pueblo soberano y no la autoridad pública.

Este instituto no está contemplado en la Constitución Nacional. Sabsay resalta esta inclusión como una innovación importante de la Constitución de la Ciudad –sancionada en 1996– respecto de su omisión en la Nacional –reformada en 1994–, ya que entiende que se ha implementado en el marco de su autonomía institucional y conforme al artículo 33 de la CN, en tanto le reconoce al pueblo derechos no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía popular.³⁵

Este mecanismo se agrega a los procedimientos existentes para la remoción de los funcionarios pasibles de ser objeto de remoción, destitución de legisladores (artículo 79) y juicio político de Gobernador o Vicegobernador (artículo 92 y siguientes). Los dos tipos de instituciones no son incompatibles y apuntan a un mayor control de quienes ejercen funciones públicas electivas.³⁶

Son pasibles de ser removidos mediante este mecanismo todos los funcionarios electivos: el Jefe de Gobierno, su Vicejefe, los legisladores y los miembros de las juntas comunales.

De Giovanni³⁷ sostuvo que se trata de una interesante forma de participación en forma directa de la voluntad popular en las democracias representativas. Se trata de un instituto que combina elementos de Derecho Privado (la renovación del mandato) con elementos de la iniciativa popular del referéndum. Resulta un límite evidente a la forma representativa de gobierno en atención a que, según su resultado, puede terminar con un mandato que tenía, en principio, una determinación, por supuesto mayor. Desde el punto de vista del Derecho Privado su justificación nace de la doctrina del mandato. Existe un contrato entre los ciudadanos (el pueblo de la Ciudad resulta así man-

35. Sabsay, Daniel A. y Onaindia, José M., *La Constitución de los porteños. Análisis y comentario*, op. cit., pp. 152-154.

36. Ídem.

37. De Giovanni, Julio, *La Ciudad de Buenos Aires y la nueva Constitución. Una autonomía fundacional*, op. cit., p. 206.

dante) y sus mandatarios (los representantes), que puede ser resuelto por decisión e iniciativa popular, interviniendo así conceptos de Derecho Público. Es decir, si un porcentaje (que será determinado en el Estatuto) de ciudadanos decide “terminar” con el contrato electoral por el cual ha elegido a su mandatario, esta decisión provoca que se convoque al electorado para que, mediante una mayoría (que también será determinada en el Estatuto) apruebe o desapruebe la revocación del mandato otorgado. En caso de ser aprobada la iniciativa, el funcionario será removido de su cargo y se implementarán los mecanismos correspondientes para proceder a la elección del nuevo mandatario.³⁸

Procedimiento

El derecho del electorado de la Ciudad a requerir la revocatoria al mandato de funcionarios y funcionarias electivos de los poderes Legislativo y Ejecutivo y de las comunas se encuentra regulado en la Ley N° 357 de la Ciudad.

La revocatoria procede a petición de uno o más electores respecto de un determinado funcionario y por causas atinentes al desempeño de sus funciones. Este funcionario debe detentar un cargo electivo del que haya transcurrido más de doce meses desde la asunción del cargo y resten cumplirse más de seis meses de la finalización del período para el que hubiere sido electo. Lo señalado marca una lógica inmunidad temporal, según la cual la procedencia del instituto va a limitarse a que el Tribunal compruebe que parte del mandato se encuentra cumplida. Esto es irrazonable para Quiroga Lavié, sobre todo si se interpreta –como lo hace el autor– que sólo cabe la revocatoria con motivo de existir causas penales en las cuales estuvieren involucrados los denunciados, ya que no puede hacerse sufrir a la ciudadanía y al sistema democrático los perjuicios y la deslegitimación que implican mantener en el cargo a alguien que esté involucrado en una causa penal. Mucho más si se encuentra efectivamente procesado, aún pendiente de condena.³⁹

La petición que solicite la revocatoria del mandato debe reunir al menos la firma del 20% de los electores y electoras de la Ciudad o Comuna, conforme el padrón electoral utilizado en las últimas

38. Ídem.

39. Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, p. 183.

elecciones de autoridades de la Ciudad o comunales. La cantidad de electores será computada según el distrito al que pertenezca el funcionario sobre el que recae la petición. Así, se necesitará el 20% del total del padrón electoral utilizado en la última elección de distrito de la Ciudad para un funcionario local (Jefe o Vicejefe de Gobierno o legisladores) y para un funcionario comunal (comuneros), el 20% se ajustará a la cantidad de electores de la comuna en cuestión.

Como primer paso, y con carácter de trámite preparatorio de la petición de revocatoria, los interesados deberán presentarse ante el Tribunal Superior de Justicia para identificar al funcionario cuya revocación de mandato se impulsa, señalando el cargo que detenta y las fechas de inicio y finalización de su mandato. La petición debe expresar inequívocamente la o las causas en las que se funda el pedido y la identificación de los presentantes.

Mientras que la Constitución sólo señala que puede solicitarse por “causas atinentes a su desempeño”, la ley reglamentaria exige una fundamentación para cada funcionario o funcionaria electivos en particular (artículo 3, Ley N° 357) y, además, que las causas de la revocatoria sean expresadas inequívocamente (artículo 6, inciso b, Ley N° 357). Este requisito, en palabras del Tribunal Superior de Justicia:

... tiende a impedir que sean efectuados planteos indiscriminados, pero en principio, no obsta a que, en una sola presentación, se proponga la revocatoria de los mandatos de varios funcionarios cuando sea una “la causa atinente al desempeño de sus funciones” (artículo 4, inciso c, Ley N° 357).⁴⁰

Asimismo, sostuvo que

... la enunciación de una pluralidad de autoridades vinculadas con un único hecho obliga a que los peticionantes precisen por qué razón se cuestiona el desempeño de cada uno de ellos en particular. La petición (...) no expresa adecuadamente cuáles son las conductas de los funcionarios mencionados que fundan la solicitud de revocatoria. Es decir, no se explica en qué forma cada uno habría desempeñado mal las funciones para las cuales son competentes, pese a que, además,

40. TSJ, “Verazay, Irma Rosa y Cáceres, Rubén Andrés s/pedido de revocatoria de mandatos”, Expte. N° 1630/2002, 12/09/2002.

el requerimiento involucra a miembros de dos poderes distintos, con atribuciones diferentes.⁴¹

Para Belasio debe tratarse de un tema de suficiente gravedad como para convocar al 20% del electorado de la Ciudad o de la comuna respectiva,⁴² mientras que para Quiroga Lavié no puede ser otra cosa que una causa judicial penal.⁴³ El Tribunal Superior de Justicia sostuvo que debe existir una causa seria, grave o trascendente para convocar al electorado sin que sea suficiente, según la disposición constitucional, la apreciación de la opinión pública o de un sector determinado o indeterminado de la sociedad, de los medios masivos de comunicación y/o del propio funcionario electivo.⁴⁴ Circunscribirlo a una causa penal, pura y exclusivamente, recortaría las posibilidades de aplicar el instituto y podría sostenerse que opera como garantía a favor del funcionario electivo. Sin perjuicio de ello, el presente instituto ha sido pensado y reconocido como una garantía del sistema democrático que permite la participación del electorado en temas que hacen al funcionamiento de las instituciones públicas.

La tarea de identificación de las causales de revocatoria postuladas por quien desea impulsar un procedimiento de revocatoria de mandato se encuentra a cargo, de manera exclusiva, de la parte interesada, la cual debe señalar la conducta concreta desarrollada o no desarrollada por el funcionario cuyo mandato se pretende revocar, entre otras cosas, para no sorprender a quienes pueden acompañar en el futuro esta petición, o tan sólo decidir si la suscriben o si no la suscriben. A ello precisamente se refiere la palabra “inequívocamente” que corona el texto de la condición; esto es, se trata de una condición material y no representa sólo una condición meramente formal.⁴⁵

En el citado expediente (1630/2002), los peticionantes solicitaron la revocatoria de los mandatos del Jefe de Gobierno, su Vicejefa y siete

41. *Ibidem*.

42. Belasio, Alfredo, *op. cit.*, pp. 123-125.

43. Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, p. 182.

44. TSJ, “Bergenfeld, Sergio F. y otros”, 09/02/2005.

45. TSJ, “Boico Roberto José s/pedido de revocatoria de mandato del Jefe de Gobierno”, Expte. N° 7471, 1° de septiembre de 2010. Con cita de “Verazay Irma Rosa y Cáceres Rubén Andrés, s/pedido de revocatoria de mandatos”, Expte. N° 1698/2002, resolución del 16/10/2002. Voto del Dr. Maier.

legisladores⁴⁶ porque en su opinión “omitieron salvar las omisiones y defecciones reglamentarias negando, limitando y cercenando derechos y garantías dispensados constitucionalmente”.

En concreto, el Tribunal Superior resolvió no dar curso a la petición de revocatoria así efectuada por no satisfacer los requisitos determinados en la Ley N° 357.

Un mes después, los mismos actores (Irma Rosa Versay y Rubén Andrés Cáceres) solicitaron la revocatoria únicamente del Jefe de Gobierno por

... violación del juramento prestado al asumir el cargo de hacer cumplir la Constitución local, mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, irregularidad en el ejercicio de su función y porque niega, limita y cercena derechos y garantías dispensados constitucionalmente a favor de los habitantes de la ciudad.⁴⁷

Se hacía referencia al ejercicio –o a la falta de ejercicio– del poder de policía, del poder de iniciativa parlamentaria y del poder reglamentario del Poder Ejecutivo local en relación con la llamada “venta ambulante”, en tanto esta podía lesionar la salud de sus habitantes, representar una invasión y utilización arbitraria e ilegítima del espacio público y constituir una falta de equidad o lealtad comercial. En esta oportunidad, el TSJ consideró, por mayoría –con los votos de los jueces José Osvaldo Casás, Ana María Conde y Guillermo Muñoz–, que estaban acreditados los requisitos del “trámite preparatorio de la petición de revocatoria” de la Ley N° 357.

Julio B. J. Maier adhirió al voto de la mayoría, pero consideró que el fundamento general aludido se hallaba en el límite mínimo tolerado en la exigencia del artículo 6, inciso b, Ley N° 357 (expresión “inequívoca” de causas).

La jueza Alicia E. C. Ruiz, en disidencia, dijo que del escrito inicial no surgía de manera inequívoca cuáles eran las causas por las que se solicitaba la revocatoria de mandato del Jefe de Gobierno y que

46. Respectivamente, Aníbal Ibarra, Cecilia Felgueras, Eduardo Lorenzo, Fernando Finvarb, Jorge Casabé, Guillermo Oliveri, Carlos Campolongo, Julio Crespo Campos y Jorge Enriquez.

47. TSJ, “Verazay, Irma Rosa y Cáceres, Rubén Andrés s/pedido de revocatoria de mandatos”, Expte. N° 1698/2002, 16/10/2002.

... la referencia ritual a derechos consagrados en la CCBA y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constitucionales es insuficiente para satisfacer el requisito establecido en el artículo 6, inciso b de la ley, y por lo tanto impide dar curso a la petición.⁴⁸

Como segundo paso y dentro de los diez días de realizada la presentación, el Tribunal Superior de Justicia entregará las planillas foliadas en las que se deben asentar las firmas que conformarán el 20% de los electores que apoyan la solicitud. Los solicitantes cuentan con un plazo de doce meses a partir de la fecha en que el Tribunal haya hecho entrega de las planillas para obtener la cantidad de firmas requeridas para la apertura de este procedimiento. En caso de no cumplirse con el porcentaje requerido en el plazo señalado, el Tribunal Superior de Justicia declarará la caducidad del procedimiento. Esto fue lo que finalmente sucedió en la presentación recién mencionada (Expte. N° 1698/2002), en la cual, un año después, los interesados no habían entregado las planillas con el total de suscripciones necesarias para proseguir con el trámite previsto y el TSJ resolvió declarar la caducidad del procedimiento.

Como tercer paso, una vez presentada la totalidad de las firmas obtenidas ante el Tribunal Superior de Justicia, se verificará en el plazo de treinta días, el número total, la legitimidad y validez de las firmas presentadas. La petición de revocatoria queda desestimada si de la verificación judicial surgiera que las firmas presentadas no alcanzan el mínimo requerido, o si se constatará la existencia de irregularidades en el procedimiento de obtención de firmas, o que las obtenidas son apócrifas en un porcentaje superior al 10% de las firmas verificadas. Cuando la verificación sea positiva y se confirme la obtención de un número igual o mayor al 20%, la petición de revocatoria se encontrará abierta.

El requisito referido a obtener el 20% de las firmas del electorado fue cuestionado judicialmente, cuando se declaró abierto el procedimiento de revocatoria respecto del Jefe de Gobierno porteño en 2005. En dicha oportunidad, el funcionario interpelado en el marco del pedido de revocatoria dio a conocer su adhesión al procedimiento para someter la continuidad de su mandato a la voluntad popular, solicitando que con su conformidad se den por reunidos los requisitos para dar inicio al procedimiento sin que resulte necesaria la recolección del

48. *Ibidem*, del voto de la Dra. Alicia Ruiz.

20% de firmas de los electores, por considerar en sustancia que ese requisito es una garantía para el funcionario y por ende renunciable.

El Tribunal Superior de Justicia⁴⁹ rechazó la solicitud del Jefe de Gobierno basado en que la recolección de firmas es un recaudo constitucional por demás significativo, teniendo en cuenta su magnitud, y en que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires no prevé la posibilidad de eliminarlo, eso es fundamentalmente una garantía del sistema democrático,⁵⁰ ni deja librada al Tribunal la posibilidad de prescindir de dicho requisito.⁵¹ El Tribunal Superior de Justicia advirtió que este 20% de firmas es el único indicador capaz de brindar legitimación política a dicho procedimiento, es un requisito constitucional previsto para el adecuado ejercicio de los derechos políticos de toda la ciudadanía, tanto de quienes quieren remover al funcionario por revocatoria popular como de quienes no lo desean,⁵² dado que es el electorado y no el funcionario cuestionado quien ostenta legitimación para solicitar el referéndum.⁵³

El cuarto paso es la convocatoria. Reunidos los recaudos establecidos en esta ley, el Tribunal Superior de Justicia debe convocar a referéndum de revocatoria de mandato, que deberá realizarse dentro de los noventa días.

Luego, como quinto paso, una vez realizado el escrutinio definitivo, si la opción por la revocatoria del mandato hubiere obtenido el apoyo de más del 50% de los electores habilitados, el funcionario o funcionaria quedará separado de su cargo. Es preciso aclarar que lo que se exige es la obtención de más del 50% de los ciudadanos inscriptos en el padrón habilitados para votar y no de los votos emitidos. Esto es señalado porque, pese a la obligatoriedad del sufragio, la participación del electorado porteño en los procesos electorales oscila entre el 70 y el 80% del total de inscriptos. Esto quiere decir, en palabras del convencional Enrique Martínez, que “sobre un total de un 70 a 80% de votantes sobre el padrón, la exigencia del 50 por ciento de los inscriptos

49. *Ibídem*, del voto de la Dra. Alicia Ruiz.

50. *Ibídem*, del voto de los Dres. Maier y Ruiz.

51. *Ibídem*, del voto del Dr. Lozano.

52. *Ibídem*, del voto del Dr. Casás.

53. *Ibídem*, del voto de la Dra. Conde.

implicaría que *más del 70% de los que vayan a votar debería estar de acuerdo con la revocatoria*⁵⁴ (el destacado me pertenece).

Independientemente de lo tortuoso que sea el camino para conseguir la revocatoria, en caso de darse, se habilitarán los mecanismos previstos para el reemplazo del funcionario. De lo contrario, esto es, si la opción por revocar el mandato no obtuviese el apoyo de más del 50% de los electores inscriptos en el padrón electoral del distrito correspondiente, debe quedar inhabilitada la presentación de una nueva petición de revocatoria de mandato por las mismas causales referidas a idénticos hechos. La finalidad de un referéndum de revocatoria de mandato es la de permitir a la comunidad dar soluciones a una grave crisis de legitimidad política y evitar así las consecuencias no deseadas de la subsistencia de una administración cuyas políticas dejaron de gozar de suficiente respaldo entre sus destinatarios.⁵⁵ Por ello, si se permitiera reeditar el procedimiento, el instituto se transformaría en un proceso azaroso en el cual se intentaría revocar un mandato hasta que se obtenga la respuesta esperada por el presentante. Esto definitivamente vulneraría la legitimidad del proceso.

54. Cfr. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1996*.

55. TSJ, "Bergensfeld, Sergio F. y otros", 09/02/2005, del voto de la Dra. Conde.

TÍTULO TERCERO Poder Legislativo

INTRODUCCIÓN: LA LEGISLATURA LOCAL. UN REPASO POR SUS ATRIBUCIONES FUERTES, EL FORTALECIMIENTO DEMOCRÁTICO Y SU MAYOR LEGITIMIDAD POLÍTICA

Por Martín Ocampo

INTRODUCCIÓN. AUTONOMÍA DE LA CIUDAD E INSTAURACIÓN DEL PODER LEGISLATIVO LOCAL

En una estructura similar a la Constitución Nacional, los constituyentes locales optaron por dedicar el Libro Segundo del texto constitucional a la descripción de las autoridades que conforman el Gobierno local, comenzando con el Poder Legislativo.

De esta manera, se materializó lo dispuesto en la reforma constitucional de 1994, la cual al incorporar el artículo 129 reconoció finalmente la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y la de sus poderes. Así, el mentado artículo 129 dispone que la Ciudad “tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su Jefe de Gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad”. Asimismo, señala que “el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones”.

Alguna doctrina¹ indica, con cierta razón, que resulta llamativo que el Constituyente nacional se haya preocupado por establecer el origen democrático del Poder Ejecutivo y de la Convención Constituyente de

1. Vanossi, Jorge R., “La Ciudad de Buenos Aires. Condición jurídico-política peculiar de su régimen autonómico”, J. A. 2001-IV, fascículo 10 del 05/12/01.

la Ciudad, sin hacer mención expresa de la forma en que debía ser elegido el Poder Legislativo local.

Sin perjuicio de ser una observación meramente analítica, lo cierto es que la conformación misma de la Legislatura local fue motivo de disputa entre los poderes locales y nacionales, lo que derivó en una confrontación más en pos de la reafirmación del estatus autonómico de la Ciudad de Buenos Aires.

En efecto, la conformación primigenia de la Legislatura local fue objeto de pronunciamiento por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Gauna” de 1997.² En el mismo, se debatió la competencia local para convocar a las primeras elecciones de diputados para integrar el Poder Legislativo de la Ciudad, a través de la ejecución de un decreto del Jefe de Gobierno, al que se oponía el Ministro del Interior de la Nación.

En el caso, la Corte entendió que frente a un conflicto entre la Constitución local y la ley que resguarda los intereses de la Nación, mientras la Ciudad sea Capital Federal (la conocida “Ley Cafiero” N° 24588), debería primar esta última, en tanto la misma es reglamentaria del artículo 129 de la Constitución Nacional, sus disposiciones no afectan la autonomía de la Ciudad y porque para el caso concreto, el Poder Ejecutivo nacional ya había fijado una fecha de elecciones, lo que demostraba la voluntad de concretizar el mandato constitucional.

Finalmente, el 26 de octubre de 1997 se llevaron a cabo las primeras elecciones de los integrantes de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quedando conformada por 60 diputados, los que comenzaron a sesionar el 4 de diciembre de 1997.

De esta manera, se cristalizó lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución local, en tanto indica que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “adopta para su gobierno la forma republicana y representativa”.

ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL PODER LEGISLATIVO LOCAL

Si bien las intervenciones y atribuciones del Poder Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires atraviesan diversos capítulos de la Constitución, su estructura se encuentra regulada, principalmente, entre los

2. CSJN “Gauna, Juan Octavio s/acto comicial 29/03/97”, sentencia del 07/05/1997.

artículos 68 a 94. De esta manera, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 5 y 129 de la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad Autónoma dispuso en su forma de gobierno la división tripartita de poder, instaurando un Poder Ejecutivo, un Poder Judicial y un Poder Legislativo ejercido por una Legislatura unicameral.

La división de poder instaurada respondió al sistema republicano de gobierno previsto en la Constitución Nacional, pero asimismo erigió a la Legislatura local como un órgano celoso de sus atribuciones. En efecto, aun cuando el sistema republicano tiene jerarquía constitucional y su adopción respondió a una tradición histórica³ que consolidó el sistema democrático de la República Argentina, las características, alcances y atribuciones de cada Legislatura y de cada órgano de poder en cada una de las provincias y en la Ciudad Autónoma, debieron ser decididas por sus constituyentes en el marco de su autonomía.

Esta división de poderes o de funciones, pilar de todo Estado de Derecho,⁴ atribuye al órgano legislativo la capacidad de dictar normas de alcance general que serán luego aplicadas a los ciudadanos y a los integrantes mismos de ese órgano, por parte de los otros dos poderes del Estado.⁵ De esta manera, la Legislatura se erige como el órgano de

3. Ver las referencias que efectúa al respecto el Dr. Nicolás Egües en “Introducción al estudio del Congreso Argentino a la luz de la doctrina de separación de poderes”, artículo en obra colectiva Dirigida por Guillermo F. Peyrano, en la edición de *El Derecho Constitucional*, serie especial de la Colección “El Derecho”, Buenos Aires, ed. El Derecho, 2015, pp. 282-295.

4. Ver Convención Constituyente: “En este mismo sentido, encontramos pronunciamientos en la Constitución de Filadelfia y fundamentalmente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo Artículo 16 sostiene que “toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución”. Intervención del Sr. Crevari, Vicepresidente de la Comisión de Poder Legislativo y Constituyente, Dictamen de Comisión N° 78, *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires*, 15° reunión, 9ª sesión ordinaria (continuación), 26 de septiembre de 1996.

5. Explica así Locke: “¿Por qué no han de combinarse el Poder Legislativo y el Ejecutivo en las mismas manos? Si se hiciera, los legisladores sabrían que las leyes que aprobaran nunca les serían aplicadas a ellos (porque ellos estarían encargándose de aplicarlas). Si el Poder Ejecutivo se encuentra, por contraste, en otras manos, los legisladores harán leyes con la expectativa de que las mismas les serían también aplicadas a ellos. En otras palabras, la separación de poderes asegura que la perspectiva del ciudadano ordinario, sometido a la ley, estará representada en el proceso legislativo” (Elster, Jon y Slagstad, Rune en *Constitucionalismo y democracia*, Ciudad de México, Ed. Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública A. C. y Fondo de Cultura Eco-

mayor representatividad y legitimidad política, en tanto en su seno rige la participación y discusión de las diversas voces que representan a los ciudadanos, conforme el sistema de elecciones.

Así lo entendió al menos la Convención Constituyente de la Ciudad al señalar:

Hoy podemos afirmar, como dijera Alfredo Palacios en su libro *Esteban Echeverría*, que no existe gobierno libre sin la separación de los poderes (...). Pelletier afirma: “La Asamblea Legislativa es el centro vital del gobierno representativo, es el símbolo de la democracia, el medio por el cual el pueblo consiente ser gobernado. Su poder de hacer ley, su *status* electivo y su poder de vocero son todavía considerables. Los tiranos hacen de la Legislatura el primer objetivo en su ataque contra la libertad. El gobierno libre no puede existir sin ella, por cuanto por el carácter notablemente popular y representativo de la rama ejecutiva y el aumento reciente de sus poderes, únicamente la Legislatura, elegida democráticamente con la autoridad constitucional de hacer la ley, puede hablar definitivamente en nombre de todos los ciudadanos.”⁶

Desde esta perspectiva, los constituyentes de la Ciudad optaron por un Poder Legislativo *fuerte*, el que según sus dichos “deberá tener un rol absolutamente esencial y protagónico en la vida institucional del distrito, porque allí se canalizarán fuertemente las crecientes demandas sociales que la ciudadanía transmitirá a través de sus representantes, los legisladores”.⁷

Ahora bien, al momento de disponer el funcionamiento orgánico y las atribuciones del Poder Legislativo, los constituyentes incluyeron dos disposiciones fundamentales que plasman las ideas anteriormente referidas, erigiendo a la Legislatura de la Ciudad en el órgano de máximo ejercicio democrático:⁸

a) la prohibición absoluta de la delegación de sus facultades, y

nómico, edición en español 1999, p. 251, con cita en Locke, *Two Treatises of Government*, Libro 2, Capítulo 12, sec. 143, p. 410.

6. Ver intervención de la Sra. convencional Yelicic, Dictamen de Comisión N° 78, *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires*, *op. cit.*

7. Dictamen de Comisión N° 78, *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires*, *op. cit.*

8. Ver al respecto el voto del Dr. Casás, considerando 2.2, en Expte. N° 11756/14 “Unión Cívica Radical c/GCBA s/Electoral - otros”, del 23/01/2015.

b) la publicidad de las sesiones de la Legislatura, la exigencia de mayorías especiales y el mecanismo de doble lectura.

De esta manera, estas dos facultades se presentan como un límite infranqueable a los otros dos poderes del Estado. Veamos.

La delegación de funciones

En primer lugar, cabe recordar que el artículo 29 de la Constitución Nacional dispone que

El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria. (El destacado no es original.)

Desde esta perspectiva, si bien existe una prohibición tajante respecto de que el Legislativo, nacional y/o local, conceda alguna facultad extraordinaria al Ejecutivo, el artículo 76 de la Constitución Nacional atempera tal prohibición al introducir la posibilidad de la delegación legislativa. Así, si bien el mentado artículo 76 establece como principio general la prohibición de tal delegación en el Poder Ejecutivo, dispone a continuación la excepción “en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”.

A diferencia de ello, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rige la prohibición absoluta de que la Legislatura delegue sus atribuciones a cualquiera de los otros poderes. Así, el artículo 84 CCABA señala que “La Legislatura no puede delegar sus atribuciones”.

De esta manera, podemos señalar dos diferencias esenciales con la regulación nacional:

a) en primer lugar, que la prohibición es absoluta y por tanto que no admite excepción alguna, ni siquiera en materias determinadas de administración o de emergencia pública, y

b) en segundo lugar, que si bien tal prohibición se asimila por lo general a la exclusión de facultades legislativas en cabeza del Poder

Ejecutivo, lo cierto es que el constituyente local no limita tal prohibición respecto únicamente de ese Poder, sino que la misma puede extenderse al Poder Judicial –lo cual guarda coherencia con la reserva expresa que guarda la Legislatura en la decisión última acerca de la vigencia de las leyes–.

En efecto, resulta evidente que la prohibición de delegar sus atribuciones se encuentra esencialmente dirigida a erigir un límite a la potestad legislativa del Ejecutivo. Así, tal disposición se ve reforzada, por ejemplo, en el artículo 51 CCABA, al disponer respecto de los tributos que “No hay tributo sin ley formal; es nula cualquier delegación explícita o implícita que de esta facultad haga la Legislatura”, como así también en el artículo 91 CCABA, que requiere que los decretos de necesidad y urgencia sean expresamente ratificados por la Legislatura para continuar vigentes.⁹

No obstante, entiendo que la protección de la discusión y debate parlamentario en el seno de la Legislatura local se encuentra igualmente protegida en el artículo 113 inciso 2 CCABA, al exigir que frente al control concentrado de constitucionalidad de las leyes que efectúa el Tribunal Superior de Justicia local, la Legislatura pueda ratificar la norma con la mayoría de dos tercios de los miembros presentes y dentro de los tres meses de la sentencia declarativa. Así, si bien la sentencia del Tribunal tiene por efecto –mediante dicha acción– derogar la norma, es la Legislatura como representante de la comunidad entera quien tiene la última palabra al respecto.

De esta manera, cobra sentido la prohibición absoluta dispuesta en el artículo 84 CCABA, la cual supone un límite a los demás Poderes del Estado, en tanto evita que por cualquier canal institucional se sortee la discusión democrática de los asuntos que deben ser tratados por el Poder Legislativo local.

9. Expresamente, el art. 91 CCABA establece que la Legislatura debe ratificar o rechazar los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo, dentro de los treinta (30) días de su remisión. Si a los veinte (20) días de su envío por el Poder Ejecutivo no tienen Despacho de Comisión, deben incorporarse al orden del día inmediato siguiente para su tratamiento. Este plazo no es meramente ordenatorio, desde que pierden vigencia los decretos no ratificados. Asimismo, se prevé incluso que en caso de receso, la Legislatura se reúna en sesión extraordinaria por convocatoria del Poder Ejecutivo o se autoconvoque, en el término de diez (10) días corridos a partir de la recepción del decreto.

Mecanismos en la sanción de leyes

Otro mecanismo que refuerza el ejercicio democrático que representa la instauración del Poder Legislativo local, es el diseño de un complejo sistema de mayorías y procedimientos especiales que incluyen la participación ciudadana, en la formación y sanción de las leyes.

Como primera característica debemos señalar que la Constitución local instaure en el artículo 74 la publicidad de todas las sesiones de la Legislatura, evitando así la celebración de sesiones secretas. De esta manera, a diferencia del silencio que guarda al respecto el constituyente nacional, el texto de la Ciudad extiende el principio de “democracia participativa” dispuesto en su artículo 1, al declarar públicas sus sesiones, las cuales no pueden extenderse más de las 21 horas.¹⁰

En efecto, cabe señalar que si bien tanto el reglamento de la Hon. Cámara de Diputados¹¹ como el de la de Senadores¹² disponen como principio que las sesiones serán públicas, establecen luego que las mismas podrán ser declaradas secretas, previa resolución de la Cámara, aprobada por el voto de la mayoría absoluta en el caso de Diputados y dos tercios en Senadores. La petición de la reserva de la sesión puede ser solicitada en ambos supuestos, por el Poder Ejecutivo o por cinco diputados o senadores en su caso –debiendo en este último supuesto fundar el pedido–, dirigiendo al efecto una petición por escrito al Presidente de la Cámara. Nada de esto sería posible en la Legislatura local.

Por otra parte, el constituyente de la Ciudad sistematizó aquellas materias que requieren para su aprobación una mayoría absoluta, una mayoría de dos tercios o bien un procedimiento especial de doble lectura.

Las mayorías que se exigen son siempre respecto del total de los miembros que integran la Legislatura y se refieren a las materias más

10. Art. 28 del Reglamento de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, disponible en: <http://www.legislatura.gov.ar/assets/documentos/constituciones/reglamento-interno.pdf>

11. Art. 31 y ss. del Reglamento de la Honorable Cámara de Diputados, texto actualizado y revisado por la Secretaría Parlamentaria, Dirección de Información Parlamentaria, 2014, disponible en: <http://www1.diputados.gov.ar/dependencias/dip/congreso/regladip.pdf>

12. Art. 18 y ss. del Reglamento de la Cámara de Senadores de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Dirección General de Publicaciones, 2015, disponible en: <http://www.senado.gov.ar/reglamento>

sensibles para la ciudadanía, como ser la creación y/o modificación de tributos, la regulación de las faltas y contravenciones, el planeamiento urbano, ambiental y cultural, la nominación de sitios públicos y la seguridad social, como así también la materia electoral, la instauración de las comunas y la utilización del dominio público, entre otras.

En relación con el procedimiento de doble lectura, los constituyentes exigieron que para la sanción de leyes sobre determinadas materias que se relacionan con la vida cotidiana de los ciudadanos, sea necesario un procedimiento especial que halle fundamento en la intención de alcanzar “formas más modernas y efectivas para la sanción de las leyes”. Así, explican que

Por tratarse de una Legislatura de naturaleza unicameral, consideramos oportuno incorporar un mecanismo de control tal que frente a determinados temas asegure a la ciudadanía la sanción sólida y consolidada de las futuras leyes, con habilitación mediante formas de audiencia pública.¹³

Desde esta perspectiva, los artículos 89 y 90 CCABA aseguran que aquellas materias que requerían para su aprobación mayorías especiales, como ser los códigos de Planeamiento Urbano, Ambiental y de Edificación, el Plan Urbano Ambiental, la imposición de nombres a sitios públicos, el emplazamiento de monumentos y esculturas y la declaración de monumentos, áreas y sitios históricos, la desafectación de los inmuebles del dominio público y todo acto de disposición de estos, la concesión, permiso de uso o constitución de cualquier derecho sobre el dominio público de la Ciudad, además de aquellas que consagran excepciones a regímenes generales, la remuneración de los legisladores y aquellos temas que la Legislatura disponga por mayoría absoluta, requieran, a su vez, una audiencia pública.

De este modo, aprobado inicialmente el proyecto, la Legislatura convoca a audiencia pública, dentro de los 30 días, a los efectos de que aquellos interesados puedan formular reclamos y observaciones que deben ser considerados por el órgano, quien emitirá luego su resolución definitiva.

El instituto de audiencia pública, es un modo de hacer efectiva la participación ciudadana y se encuentra instaurado en la Constitución

13. Ver intervención del convencional Crevari ya citada.

local a través del artículo 63 CCABA. El mentado artículo refuerza la necesidad de su celebración para tratar proyectos de “normas de edificación, planeamiento urbano, emplazamientos industriales o comerciales, o ante modificaciones de uso o dominio de bienes públicos”. Asimismo, la celebración de audiencia pública es un requisito que se le impone a la Legislatura previo a aprobar los pliegos de los magistrados (artículo 120) y la designación de los miembros del Directorio del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos (artículo 139), y para la realización de un emprendimiento público o privado con relevante impacto ambiental (artículo 30).

Tales mecanismos, tanto la exigencia de mayorías agravadas, como la posibilidad de que la ciudadanía participe activamente de la discusión de determinados proyectos de ley, intentan plasmar en la práctica el ideal constituyente de conformar un Poder Legislativo vigoroso, en el que prime el debate y el intercambio de opiniones de todos los sectores políticos en él representados, en aras de consolidar una auténtica democracia participativa y deliberativa.¹⁴

En efecto, la exigencia de contar con mayorías agravadas supone, necesariamente, que para la sanción de una determinada ley deberá contarse con mayor cantidad de votos afirmativos. Ello indica que se requerirá la conformidad de al menos una gran parte de los sujetos que conforman la Legislatura.

De esta manera, la instauración del sistema de mayorías agravadas impuesto por los constituyentes en la Ciudad para determinadas materias, conlleva la eliminación en la práctica de lo que se conoce comúnmente como “mayoría automática”. Así, aun cuando un partido político represente la mitad más uno de los integrantes de la Legislatura, ello no bastará para sancionar la ley. Deberá por el contrario, dialogar y convencer de ello a los sectores minoritarios.

Tal mecánica constituye una herramienta esencial en la construcción de una democracia deliberativa, en donde los intereses de la mi-

14. Este término utilizado por Carlos Nino, nos acerca a un ideal que se aproxima a una decisión correcta, a través de una discusión colectiva, en tanto, como afirma: “Si todos aquellos que pueden ser afectados por una decisión han participado en la discusión y han tenido una oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución al conflicto, esta será probablemente imparcial y moralmente correcta siempre que todos la acepten libremente y sin coerción”. Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, España, Ed. Gedisa, p. 166 y ss.

noría no se encuentran solapados por las decisiones de la mayoría, sino que incluso pueden llegar hasta “bloquear” sus intentos de imponer determinados criterios políticos.

En virtud de ello, el sistema de mayorías implementado por la Constitución local tutela no sólo que se resguarden los intereses de la minoría, otorgándole instrumentos efectivos para hacer oír su voz a través de los canales institucionales previstos para ello, sino que garantiza la esencia misma del sistema democrático en un Estado de Derecho. Esto es, la regla de la mayoría pero con el resguardo de los intereses de las minorías.¹⁵

COMPETENCIAS DE LA LEGISLATURA LOCAL

Por último, una vez analizado el contexto e ideario que tuvo en miras el constituyente local a la hora de instaurar la Legislatura local, cabe referirnos brevemente, a las atribuciones y funciones impuestas a su cargo.

Las misiones y funciones del poder legisferante de la Ciudad están claramente determinadas en los artículos 80 a 85 de la Constitución local. Allí, mediante un exhaustivo detalle de las materias a reglamentar —que emula, pero a la vez supera, al de la Constitución Nacional—, se determina claramente tanto lo que *puede* hacer la Legislatura (artículo 83),

15. Recordemos, en efecto, que este era el motivo o los “peligros” que tuvieron en cuenta los fundadores de la Constitución norteamericana, cuya adopción vemos en nuestro país a través de la obra Alberdi. Así, en “El Federalista X”, de Alexander Hamilton, Santiago Madison y John Jay, se lee: “Este examen del problema permite concluir que una democracia pura, por la que entiendo una sociedad integrada por un reducido número de ciudadanos, que se reúnen y administran personalmente el gobierno, no puede evitar los peligros del espíritu sectario. En casi todos los casos, la mayoría sentirá un interés o una pasión comunes; la misma forma de gobierno producirá una comunicación y un acuerdo constantes; y nada podrá atajar las circunstancias que incitan a sacrificar al partido más débil o a algún sujeto odiado. Por eso estas democracias han dado siempre el espectáculo de su turbulencia y sus pugnas; por eso han sido siempre incompatibles con la seguridad personal y los derechos de propiedad; y por eso, sobre todo, han sido tan breves sus vidas como violentas sus muertes. Los políticos teóricos que han patrocinado estas formas de gobierno, han supuesto erróneamente que reduciendo los derechos políticos del género humano a una absoluta igualdad, podrían al mismo tiempo igualar e identificar por completo sus posesiones, pasiones y opiniones. Una República, o sea, un gobierno en que tiene efecto el sistema de la representación, ofrece distintas perspectivas y promete el remedio que buscamos”.

como lo que no *puede* hacer (artículo 84), lo que *debe* hacer (artículo 80) y *cómo debe* hacerlo (artículos 81 y 82).

Desde esta perspectiva, a partir del artículo 80 CCABA, se indican las facultades de la Legislatura local y se describen luego las mayorías que se requieren para ello; la potestad de requerir la presencia y explicaciones de los funcionarios sometidos a juicio político, de requerir informes al Poder Ejecutivo y de crear comisiones especiales de investigación, concluyendo con la prohibición absoluta de delegar tales atribuciones, sobre lo cual nos hemos referido *ut supra*.

Sin perjuicio de ello, a mi entender, las atribuciones de la Legislatura local pueden fácilmente subsumirse en las dos primeras competencias que menciona el inciso 1 del artículo 80 CCABA:

- a) poner en ejercicio a los poderes y autoridades de la Ciudad, y
- b) hacer efectivo el ejercicio de los derechos, deberes y garantías establecidos en la Constitución Nacional y local.

En efecto, en virtud del rol institucional que le cabe al Poder Legislativo y, especialmente como vimos, a la Legislatura local, los constituyentes han querido colocar en sus manos la conformación de los demás poderes del Estado, lo cual confirma nuestra postura de que es el Legislativo el órgano más vigoroso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Así, si bien el Poder Ejecutivo es elegido en forma directa y conjunta, por fórmula completa y mayoría absoluta alcanzada a través del sufragio directo de los ciudadanos, su asunción debe estar precedida por el juramento o compromiso de desempeñar fielmente su cargo y obrar de conformidad a lo prescripto por la Constitución Nacional y local, ante la Legislatura, reunida al efecto en sesión especial (cfr. artículos 98 y 80 inciso 23 CCABA). Asimismo, la renovación del mandato del Jefe y Vicejefe de Gobierno es asegurado a través del llamado a elecciones cada cuatro años, teniendo la Legislatura la atribución de convocar a las mismas y fijar su fecha, si esta no es dispuesta en el tiempo debido por el Ejecutivo (cfr. inciso 22 del artículo 80 CCABA).

Por otra parte, la Legislatura designa a los jueces, juezas y magistrados integrantes del Ministerio Público, con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, a propuesta del Consejo de la Magistratura y les recibe juramento (cfr. artículos 80 incisos 24 y 23, 118 y 126). Asimismo, presta acuerdo con los dos tercios del total de sus miembros

para la propuesta efectuada por el Poder Ejecutivo respecto de los integrantes del Tribunal Superior de Justicia, el o la Fiscal General, el Defensor o la Defensora General y el Asesor o la Asesora General (cfr. artículos 111 y 126 CCABA).

Por otra parte, su participación es esencial para conformar el Consejo de la Magistratura (cfr. artículo 115 CCABA) y el Jurado de Enjuiciamiento (cfr. artículo 121 CCABA) y su acuerdo es necesario para la elección del Procurador o la Procuradora General (cfr. artículo 134 CCABA), del Defensor o la Defensora del Pueblo (cfr. artículo 137 CCABA), de los integrantes del Directorio del Ente Único Regulador de Servicios Públicos (artículo 139 CCABA) y para la conformación de la Auditoría General (cfr. artículo 136 CCABA).

Por último, en relación a la segunda competencia, cabe señalar que el Constituyente no escatimó en las facultades y deberes otorgados al órgano legislativo del ente federal más reciente, sino que por el contrario, a la luz del principio republicano de gobierno y en aras de fortalecer las instituciones democráticas a nivel local, colocó en cabeza de la Legislatura la inmensa responsabilidad de hacer efectivo el ejercicio de los derechos, deberes y garantías establecidos en la Constitución Nacional y local y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

La trascendental tarea impuesta en la Legislatura local, ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia respecto de los órganos legislativos locales en general, al entender que ellos configuran “uno de los cuerpos a través de los cuales se hace realidad en forma inmediata –en la provincia– la forma representativa”¹⁶ o como “el depositario de la mayor suma de poder y el mayor representante de la soberanía”.¹⁷

Bajo tal mandato, la Legislatura local ha desarrollado incansablemente su labor en todos estos años y ha sancionado innumerables leyes que han constituido verdaderas conquistas para los ciudadanos y vecinos de la Ciudad, en tanto han concretizado y hecho realidad los derechos enunciados en la Constitución, transformándolos en verdaderas garantías exigibles y operativas.

16. CSJN, “Seco, Luis Armando y otros s/acción de amparo por falta de jurisdicción y competencia”, sentencia del 04/10/1994, voto del Dr. Fayt.

17. Fallo Gutiérrez, del 20/05/1938.

Todo ello por supuesto, junto con la labor desarrollada desde el Ejecutivo en la reglamentación y aplicación de sus disposiciones, como así también desde los tribunales locales.

A modo de ejemplo, podemos mencionar la Ley del Estatuto del docente, las innumerables leyes que garantizan y protegen la educación, los subsidios a los colegios, la creación del Instituto de la Vivienda, la ley sobre protección de personas en vulnerabilidad social, la Ley de Salud Reproductiva y Procreación Responsable, la ley sobre trata de personas, la Ley Marco de las Políticas para la Plena Participación e Integración de las Personas con Necesidades Especiales, la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental, la ley de “Basura Cero” y la Ley de Educación al Consumidor, entre muchas otras.

Párrafo aparte merece la mención de la Ley Básica de Salud y la hasta hoy progresista Ley de Salud Mental.

Esta última, tal como entienden los profesionales, contempla un sistema de atención digno y eficaz: un proceso de desinstitucionalización progresiva, propiciando internaciones breves, guardias interdisciplinarias en hospitales generales, hospitales de día, emprendimientos sociales y otros dispositivos sustitutivos. Además, establece la igualdad respecto de las diferentes profesiones, en cuanto a la capacidad de conducir y coordinar efectores, servicios interdisciplinarios y dispositivos de atención de salud mental.

Asimismo, la Legislatura local ha trabajado intensamente en el fortalecimiento de las instituciones democráticas de la Ciudad, reafirmando su autonomía. De esta manera ha impulsado la regulación orgánica de los órganos estatales locales, y ha promocionado la configuración de instituciones determinantes en la vida de la Ciudad.

A modo de ejemplo podemos mencionar la sanción de la ley de seguridad local que creó la Policía Metropolitana, la ley de regulación y reestructuración de los subtes, las leyes que ratificaron los Convenios de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad, como así también la Ley de Modernización de la Administración Pública y Gobierno Electrónico, la cual establece un diseño institucional que fomenta la despapelización y promueve un mayor control y transparencia en la implementación de las políticas públicas. Todo lo cual significó una verdadera revolución en la eficiencia y eficacia de la burocracia administrativa.

Recordemos que esta implementación es novedosa a nivel nacional, en tanto permite no sólo acelerar los trámites internos de la Administración, sino también entablar una comunicación más fluida con el ciudadano.

Asimismo, ha sido una preocupación constante de la Legislatura local, garantizar y promover la participación ciudadana y la consolidación de una democracia local directa.

En vías de concretizar ese ideal constitucional, el Poder Legislativo de la Ciudad sancionó la Ley Orgánica de Comunas, que establece entidades descentralizadas cercanas a los vecinos, a cargo de autoridades directamente elegidas por ellos y por medio de las cuales pueden canalizar innumerables trámites administrativos, constituyendo también un espacio de participación y debate para los barrios metropolitanos.

En este orden, se ha sancionado asimismo la Ley de Información Ambiental, la Ley que Regula el Instituto de la Audiencia Pública y la Ley de Acceso a la Información Pública, entre otras, siendo esta última un instrumento eficaz para los ciudadanos, que garantiza la publicidad de los actos de gobierno y constituye una deuda a nivel nacional.

No obstante todo ello, y la labor por demás desarrollada por la Legislatura local en estos 19 años, tendiente a fortalecer las instituciones democráticas de la Ciudad, la cuestión del reconocimiento pleno de la autonomía que el Constituyente Nacional otorgó en 1994 a la Ciudad de Buenos Aires, continúa siendo, como se advirtió, un tema de debate y un obstáculo insoslayable en las relaciones federales.

La transferencia conjunta de competencias y recursos, la participación en un régimen de coparticipación federal acorde al previsto en la Constitución Nacional, la reglamentación del puerto, el gravamen a la transmisión gratuita de bienes, entre otros, constituyen desafíos pendientes para la reafirmación del carácter autónomo de la Ciudad.

No es menor tener en consideración que somos parte de instituciones recientes y que a veinte años de haberse instituido la Ciudad de Buenos Aires como Estado federal autónomo, contamos con una Legislatura plenamente conformada, independiente, deliberativa, celosa del sistema republicano de gobierno, que ha demostrado trabajar continuamente para fortalecer las instituciones democráticas, como así también los derechos y garantías de los habitantes de la metrópoli y garantizar la participación de los vecinos, a través de las vías aptas para ello.

Capítulo Primero
Organización y funcionamiento

COMPOSICIÓN Y SISTEMA ELECTORAL DEL PODER LEGISLATIVO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Por María Alejandra Perícola

Artículo 68

El Poder Legislativo es ejercido por una Legislatura compuesta por sesenta diputados o diputadas, cuyo número puede aumentarse en proporción al crecimiento de la población y por ley aprobada por dos tercios de sus miembros, vigente a partir de los dos años de su sanción.

La reforma constitucional de 1994 le otorgó a la Ciudad de Buenos Aires un perfil distintivo y diferenciado de la Capital Federal, de las provincias y de los municipios en varias disposiciones.¹ En primer lugar, en el artículo 129 de la Constitución Nacional, al disponer que “La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su Jefe de Gobierno será elegido directamente por el pueblo de la Ciudad...”. Luego, en los artículos 44, 45, 54, 75 incisos 2, 31 y 124, referidos respectivamente, a la integración del Senado; a la composición de la Cámara de Diputados, a la distribución en materia de coparticipación impositiva entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires; la intervención federal y el régimen especial que se establezca para la Ciudad en materia de regionalización y convenios internacionales, respectivamente.

Más adelante, el 8 de noviembre de 1995, se sancionó la Ley N° 24588,² llamada Ley de Garantías de los intereses de Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires, para asegurar el pleno ejercicio de los pode-

1. Gelli, María Angélica, “La Constitución Estatuyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, LL, T. 1997-B, Sec. Doctrina, p. 1023.

2. Publicada en el Boletín Oficial N° 28282 del 30 de noviembre de 1995.

res atribuidos a las autoridades del Gobierno de la Nación, mientras sea Capital de la República.

Por último, la Ley N° 24620³ convocó a los habitantes de la Ciudad a la elección de un Jefe y Vicejefe de Gobierno, y de sesenta representantes⁴ para que dicten el Estatuto Organizativo⁵ de sus instituciones previsto por el artículo 129 de la Constitución Nacional. Además, en el artículo 2 se dispuso que

El Poder Ejecutivo Nacional convocará asimismo a la elección de sesenta (60) miembros del Poder Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires, conforme a las disposiciones del Código Electoral Nacional y una vez que los representantes hayan dictado el Estatuto Organizativo...

Teniendo en cuenta estas palabras introductorias, la primera cuestión que es menester señalar con relación a la composición del Poder Legislativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CABA) es el avance sobre las facultades propias de la Convención Constituyente de la CABA, por la Ley de Convocatoria a Elecciones N° 24120, ya que lo único que la Constitución Nacional atribuye al Congreso en el artículo 129 es la posibilidad de convocar a elecciones de convencionales constituyentes, pero no de legislar sobre lo que era materia propia de la Convención.⁶

Por ello, el análisis del artículo 68 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA) requiere considerar la convocatoria a elecciones para elegir la primera Legislatura y los elementos de ingeniería electoral referidos a la adopción de un sistema unicameral, la definición del número de diputados y diputadas y el ámbito territorial de las elecciones.

3. Publicada en el Boletín Oficial N° 28304 del 4 de enero de 1996.

4. Proceso electoral que se realizó el 30 de junio de 1996.

5. La Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires comenzó su labor el 19 de julio de 1996, sesionó por primera vez en forma plena el 2 de agosto y culminó su trabajo el 1 de octubre. La Sesión de jura de la Constitución se realizó el 10 de octubre.

6. Cfr. Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2009, 6ª reimpr., p. 389.

LA CONVOCATORIA A ELECCIONES PARA ELEGIR LA PRIMERA LEGISLATURA⁷

El primer y crucial desafío que encaró la Convención Constituyente de 1996 fue la revisión de las limitaciones a la autonomía establecidas en la Ley N° 24588, que limitó la autonomía, sobre todo, en las atribuciones de las autoridades porteñas en temas de justicia,⁸ seguridad y protección de las personas y bienes.⁹

Así, la Resolución N° 2¹⁰ –votada afirmativamente por tres de los cuatro bloques políticos– declaró que la Asamblea Constituyente no conocía otros límites para su labor que los que surgen de la Constitución Nacional (artículo 129 y concordantes) y rechazó por inconstitucional las limitaciones impuestas a la plena autonomía de la CABA por la Ley de Garantías, que impone restricciones al régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción establecidas en la Constitución Nacional.¹¹

La misma postura se mantuvo respecto de lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley N° 24620, que le otorga al Poder Ejecutivo nacional la facultad para convocar a la elección de los sesenta miembros del Poder Legislativo de la Ciudad. La Convención reivindicó su facultad para fijar los modos y plazos de la convocatoria a elecciones legislativas locales: primero, con el artículo 105, inciso 11, del texto constitucional,¹² que establece que, entre los deberes del Jefe de Gobierno, se encuentra el de convocar a elecciones locales; siguiendo, con la cláusula transito-

7. Vid. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, Buenos Aires, Editorial Jusbairens, 2016, T. 1, pp. 33-41.

8. Un análisis completo y actual, vid. Basterra, Marcela I., “El traspaso de la justicia nacional a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a veinte años de la Constitución de la Ciudad”, *Revista Pensar en Derecho*, N° 8, Año 5, Buenos Aires, Eudeba, 2016, pp. 9-30.

9. Especialmente los artículos 7, 8 y 10.

10. Vid. “2ª Reunión, 1ª Sesión Ordinaria, 2 de agosto de 1996”, en *Diario de Sesiones...*, *op. cit.*, T. 1, p. 256.

11. Cfr. Dalla Via, Alberto Ricardo, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1996, p. 23.

12. Vid. “10ª Reunión, 7ª Sesión Ordinaria (continuación), 17 de septiembre de 1996”, en *Diario de Sesiones...*, *op. cit.*, T. 2, pp. 336-342.

ria novena¹³ que agrega que “el Jefe de Gobierno convocará a elecciones de diputados que deberán realizarse antes del 31 de marzo de 1997”.

Si bien el 3 de diciembre de 1996, mediante el Decreto N° 653/96, el Jefe de Gobierno local convocó a elecciones de diputados para integrar el Poder Legislativo de la Ciudad para el 29 de marzo de 1997, el Poder Ejecutivo nacional se opuso, bajo el argumento que le correspondía al Presidente de la Nación el ejercicio de esa atribución. Por ello, el gobierno autónomo de la CABA, a través de su Secretario de Gobierno, dispuso recurrir a la Justicia¹⁴ y efectuó la correspondiente presentación para que sea ella la que decida si las elecciones legislativas locales se realizarían el 29 de marzo, de conformidad con lo establecido por la Constitución porteña, o si, como prefería el Gobierno Nacional, serían diferidas hasta octubre para que coincidan con los comicios para la renovación parcial de la Cámara de Diputados de la Nación. De esta manera, los Tribunales de Justicia tuvieron la primera oportunidad para referirse a lo que implica el concepto constitucional de autonomía en el marco de la Ciudad.

En primera instancia, la Jueza Federal con competencia electoral reconoció que correspondía al Jefe de Gobierno llamar a esos comicios, y que sostener la postura contraria llevaría a una interferencia del Gobierno nacional en la Ciudad que no concordaría con la autonomía que la Constitución Nacional le reconoce.

La Cámara Nacional Electoral confirmó esa decisión¹⁵ declarando la validez del Decreto N° 653/96 del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y reconoció al Jefe de Gobierno como única autoridad con competencia para convocar a elecciones para elegir a los sesenta miembros de la Legislatura porteña. Asimismo, el tribunal de apelaciones declaró la inaplicabilidad del artículo 2 de la Ley N° 24620, que confirió esa atribución al Poder Ejecutivo nacional, por ser contrario al artículo 129 de la Constitución Nacional.

13. Vid. “18ª Reunión, 10ª Sesión Ordinaria (continuación), 29 de septiembre de 1996”, en *Diario de Sesiones...*, *op. cit.*, T. 3, p. 818.

14. De conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la CCABA: “Las autoridades constituidas tienen mandato expreso, permanente e irrenunciable del Pueblo de la Ciudad, para que en su nombre y representación agoten en derecho las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía y para cuestionar cualquier norma que limite la establecida en los artículos 129 y concordantes de la Constitución Nacional”.

15. CNE, Fallo 2239/97, del 28/02/1997.

Ya radicada la causa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), el 28 de abril, el Poder Ejecutivo nacional dictó el Decreto N° 383/97 y dispuso convocar al electorado de la Ciudad para que el 26 de octubre de 1997 proceda a elegir, además de autoridades nacionales, a sesenta diputados y diputadas, y diez suplentes para conformar el Poder Legislativo de la CABA.

Finalmente, el 7 de mayo de 1997, la CSJN,¹⁶ con una mayoría de cinco votos, declaró la validez de la convocatoria a elecciones formulada por el Poder Ejecutivo nacional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley N° 24620.

No obstante ello, es de merecida atención la disidencia de los Jueces Fayt, Belluscio y Bossert –a la que adhirió en lo fundamental el Juez Petracchi–,¹⁷ en la que manifestaron lo siguiente:

Que el concepto constitucional de autonomía implica, por lo menos, “el poder efectivo de organizar el Gobierno local en las condiciones de la Constitución de la República, dándose las instituciones adecuadas al efecto, rigiéndose por las formas exclusivas de elegir sus autoridades públicas, independientes del Gobierno Federal, de regular el desempeño de sus funciones, en la capacidad, finalmente, de desarrollar dentro de su territorio el imperio jurisdiccional por leyes y otros estatutos con relación a todo otro asunto no comprendido entre los que la Constitución ha acordado al Gobierno nacional...” (González Calderón, Juan A., *Derecho Constitucional argentino*, J. Lajouane Editores, Buenos Aires, 1931). Esa enumeración de funciones implica que la autonomía es, primariamente, la calificación del modo de actuar de un grupo social determinado. Por esta razón no puede afirmarse que exista un espacio autónomo, un territorio autónomo, o un gobierno autónomo sin una población que ejerza esa autonomía.¹⁸

16. CSJN, Fallos: 320:875 *in re* “Gauna, Juan Octavio s/acto comicial 29/03/97”, del 07/05/1997.

17. Vid. Ferreyra, Raúl Gustavo, “Sobre un nuevo momento constituyente para la Ciudad de Buenos Aires”, en Zaffaroni, E. Raúl y Risso, Guido I. (coords.), *Perplejidades del constituyente: A diez años de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ediar, 2006, pp. 113-131.

18. *Ibidem*, Considerando 9.

Luego, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la CABA, en los autos “Unión Transitoria S. A. y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”,¹⁹ sostuvo lo siguiente:

La reforma a la Constitución de la Nación de 1994 consagró la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires en los siguientes términos: “La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea Capital de la Nación” (art. 129, primer párrafo, CN). El constituyente, entonces, ha autorizado al Congreso Nacional a fijar ciertas restricciones al ejercicio de las atribuciones locales emergentes de la autonomía de la Ciudad, pero esta facultad se encuentra sometida a una doble limitación: sólo pueden establecerse para garantizar los intereses del Estado nacional y en tanto Buenos Aires sea la capital de la República (del voto de los Jueces Muñoz, Casás y Conde, considerando 8).

UNA LEGISLATURA UNICAMERAL

El Parlamento puede estructurarse como órgano único o como órgano complejo. Por ello existen básicamente dos modelos: el unicameral y el bicameral.

La defensa de una asamblea única deriva directamente de la concepción revolucionaria de la soberanía nacional: la necesidad de un único cuerpo representativo para una única nación. Por el contrario, en la defensa del modelo bicameral siempre está presente la búsqueda de equilibrios (políticos, sociales y/o territoriales) en la representación.²⁰

Por ello, siguiendo la tradición de la Ciudad²¹ y en ejercicio de esta atribución acordada al poder constituyente local, el Poder Legislativo de la CABA adopta un sistema unicameral²² que difiere en cuanto a su organización del esquema bicameral adoptado en el plano federal.

19. Expte. N° 1268/01, sentencia del 17/09/2002.

20. Blas Guerrero, Andrés de; Rubio, María J. y Andrés Sanz, Jesús de, *Teoría del Estado*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2007, p. 538.

21. Desde el Cabildo hasta el Concejo Deliberante, la Ciudad de Buenos Aires tuvo un sistema unicameral.

22. Adoptado por la mayoría de las provincias: Chaco, Chubut, Córdoba, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Misiones, Neuquén, Río Negro, San Juan, Santa Cruz,

LA COMPOSICIÓN DE LA LEGISLATURA

La cantidad de diputados también fue regulada por el artículo 2 de la Ley N° 24620,²³ tomando como referencia el modo de organización jurídico-político creado por la Ley Orgánica de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires,²⁴ que en el artículo 4 disponía: “El Concejo Deliberante se compone de sesenta (60) miembros elegidos directamente por los ciudadanos. A estos fines, la Ciudad constituirá un solo distrito”.

Si bien, el constituyente local se sujetó a lo regulado en el artículo 2 de la Ley N° 24620,²⁵ se ha considerado inconstitucional que el legislador nacional invadiera la esfera de competencia del poder constituyente local por desconocer lo establecido en el artículo 122 de la Constitución Nacional, “el que le reserva a las provincias las potestades relativas a todo lo referente a los caracteres de sus propias instituciones y a la elección de los titulares de las mismas”.²⁶

Empero, no debe soslayarse que el constituyente local introduce, al final del artículo 68, la posibilidad de aumentar el número de legisladores en proporción al crecimiento de la población,²⁷ con una mayoría calificada de dos tercios de los miembros de la Legislatura. Esta posibilidad—que se analiza a continuación, en el comentario al sistema electoral estipulado por el artículo 69 de la Ley Fundamental porteña—comprende una cuestión importante respecto de la relación entre circunscripción electoral y representatividad del sistema electoral.

Santiago del Estero, Tierra del Fuego y Tucumán.

23. Vid. “36ª Reunión, 19ª Sesión Ordinaria (continuación), 17 de agosto de 1995”, en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación*.

24. Ley N° 19987, publicada en el Boletín Oficial del 29/11/72. Artículo 4 sustituido por el artículo 1 de la Ley N° 22846, publicada en el Boletín Oficial del 13/07/1983.

25. Vid. “15ª Reunión, 9ª Sesión Ordinaria, 24 de septiembre de 1996”, en *Diario de Sesiones...*, *op. cit.*, T. 3, 2016.

26. Sabsay, Daniel A. y Onaindía, José M., *La Constitución de los porteños: Análisis y comentario*, Buenos Aires, Errepar, 1996, p. 157.

27. En el marco del sistema proporcional que estableció la Ley N° 24620 y que fue re-ceptado en el primer párrafo del artículo 69 de la CCABA que se analiza más adelante.

Artículo 69

Los diputados se eligen por el voto directo no acumulativo conforme al sistema proporcional.

Una ley sancionada con mayoría de los dos tercios de los miembros de la Legislatura debe establecer el régimen electoral.

Los diputados duran cuatro años en sus funciones. Se renuevan en forma parcial cada dos años. Si fueren reelectos no pueden ser elegidos para un nuevo período sino con el intervalo de cuatro años.

Las elecciones competitivas, propias de un sistema político democrático constitucional, han de cumplir, según Dieter Nohlen, varias funciones. Entre ellas, legitimar el sistema político, representar los intereses del electorado y constituir cuerpos representativos, expresar la confianza del electorado en los candidatos electos, controlar el gobierno y establecer una oposición. Asimismo, el *sistema electoral* es el elemento que legitima la elección, ya que “contiene, desde el punto de vista técnico, el modo según el cual el elector manifiesta a través del voto el partido o el candidato de su preferencia, y según el cual esos votos se convierten en escaños”.²⁸

Entendiendo, entonces, a los sistemas electorales como el procedimiento institucionalizado para la atribución de cargos a través de elecciones representativas, la literatura especializada indica una serie de reglas técnicas para analizar el resultado electoral, entre las que cabe destacar las siguientes: la magnitud de las circunscripciones o distritos electorales, el método de conversión de votos en escaños o fórmula electoral en conexión con el principio de representación, el tipo de candidatura (unipersonal o de lista), el procedimiento de votación relacionado con la forma de la lista, la selección de los candidatos y el sistema de emisión del sufragio.

EL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 69

El primer párrafo del artículo 69 establece únicamente los elementos rectores del sistema electoral para la elección de los diputados y

28. Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales y partidos políticos*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 3ª edición revisada y aumentada, 2004, p. 34.

las diputadas de la Ciudad, en consonancia con lo establecido por la Ley N° 24620, que en el artículo 3 dispuso lo siguiente:

... los representantes y los miembros del Poder Legislativo serán elegidos directamente por los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires, conformando a este efecto un distrito único y con arreglo al sistema de representación proporcional D'Hondt, conforme a la ley vigente en la materia para la elección de diputados nacionales.

De esta forma, el constituyente porteño definió tres reglas técnicas del sistema electoral para la elección del Poder Legislativo local: el ámbito territorial y la circunscripción electoral (en el artículo 68), el principio de representación y el método de conversión de votos en escaños o fórmula electoral, con la particularidad de dejar expresamente incorporada al texto constitucional la prohibición del voto acumulativo.

El ámbito territorial de la elección de los diputados y las diputadas

La circunscripción o distrito electoral es la demarcación territorial que se utiliza para la distribución de las bancas o escaños, la presentación de los candidatos, la aplicación de la fórmula electoral y la designación de electos.²⁹

Al respecto, existen dos criterios para organizar territorialmente las elecciones del órgano legislativo: la circunscripción o distrito único y las circunscripciones plurinominales o múltiples. En el primer caso, no hay divisiones en el territorio de la entidad política a los fines de la elección y todos los votos se suman para efectuar la distribución de las bancas luego de aplicar la fórmula electoral. En el segundo, se establece una pluralidad de divisiones territoriales.

En el caso de la Legislatura de la CABA, como se mencionó, el artículo 3 de la Ley de Convocatoria a Elecciones definió que la circunscripción electoral para la elección de los representantes es la Ciudad de Buenos Aires. También en la cláusula transitoria quinta del texto constitucional se dispone que “Para la primera elección de legisladores, la Ciudad de Buenos Aires constituye un distrito único”.³⁰

29. Cfr. Gavara de Cara, Juan Carlos, *La homogeneidad de los regímenes electorales autonómicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 221.

30. Cfr. Ferreyra, Raúl G., *La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Estudio de la Ley Fundamental porteña*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 115.

Así, todo el territorio de la Ciudad aparece configurado como una circunscripción o distrito único y el número de diputados y diputadas a elegir, es decir, la denominada *magnitud electoral*, está determinada por el artículo 68 y puede aumentarse en proporción al crecimiento de la población. Esta última posibilidad ha sido incorporada por el constituyente local en aras de posibilitar el ajuste y la actualización de la representación política. Se interpreta que el establecimiento de una base de representación política –que resulta de una determinada relación entre número de habitantes y número de diputados y diputadas locales– pueda aumentar, pero no disminuir respecto de los cambios demográficos.

El principio de representación proporcional y la fórmula electoral

El sistema electoral dispuesto por el artículo 69 exige que el voto sea directo y no acumulativo y que se fundamente en la representación proporcional.

En primer lugar, el constituyente local agrega una nota definitoria al sufragio –de conformidad con lo establecido en el artículo 62: “El sufragio es libre, igual, secreto, universal, obligatorio y no acumulativo”– al explicitar que el voto tiene que ser “directo”³¹ y, por tanto, que no ha de existir intermediario alguno entre el votante y el elegido, es decir, que los propios electores son los que determinan a los titulares de los cargos a elegir.

En segundo lugar, define una de las características del sistema electoral al no permitir el voto acumulativo propio del sistema electoral conocido en nuestro país³² y en la República Oriental del Uruguay como *ley de lemas*, y que técnicamente se denomina *doble voto simultáneo*.

El método implica que el elector vota simultáneamente por el partido político de su preferencia (lema) y por los candidatos (sublema) dentro del partido. En otras palabras, el elector vota una sola vez: primero, decide el lema de su preferencia; luego, decide el candidato, y se trata de una decisión simultánea (elección doble). A la *doble votación* y la *simultaneidad*, se agrega una tercera característica: *el proceso de acumu-*

31. La Ley de Convocatoria a Elecciones N° 24620 lo había dispuesto en el artículo 3.

32. Actualmente sólo persiste en las provincias de Santa Cruz (para cargos provinciales), Misiones y Formosa (para cargos locales).

lación, ya que los votos emitidos a favor de cualquier sublema se acumularán a favor del que haya obtenido mayor cantidad de sufragios y el sublema ganador representará al lema.

Por ello, la principal desventaja del sistema es que permite que un candidato que recibe una minoría de votos gane la elección, distorsionándose la representación política y lesionando el principio de igualdad del voto. Asimismo, se ha comprobado que la ley de lemas presenta tres clases de conflictos: el fuerte internismo partidario, el proceso de oficialización de listas y boletas, y la impugnación de los resultados de los comicios.³³

Nótese que, en la sesión del 17 de septiembre de 1996, la Convención Constituyente aprobó el Proyecto de Texto 27 sobre “el derecho de la ciudadanía a asociarse en partidos políticos, y la garantía del pleno ejercicio de los derechos políticos inherentes a la ciudadanía”. A su vez, se fundamentó enérgicamente el apoyo a que el voto sea no acumulativo, para así defender la igualdad del voto y “darle una garantía al elector de adónde va ir a parar su sufragio”.³⁴

Si el voto es igual, es a todos los efectos, de manera que el resultado no puede cambiar su cualidad. La valía del voto se inicia en la voluntad originaria del ciudadano y culmina con el escrutinio en el que el sufragante manifestó su inequívoca voluntad destinada a expresar su deseo de ser representado por el candidato que votó, y no por otro.

La ley de lemas, al autorizar el direccionamiento del voto hacia un sublema no votado, lesiona la igualdad de voto y la libre voluntad del elector, ya que puede determinar que resulte favorecido quien no se desea. De esta manera, finaliza afectando la autenticidad del sufragio.

Por último, el primer párrafo del artículo en análisis dispone que el sistema electoral se cimiente en el *principio de representación proporcional*, que persigue la finalidad de que la cantidad de bancas obtenidas por un partido o agrupación política sea proporcional a la cantidad de votos alcanzados en la elección. Es decir, implica que a cada partido se

33. Dalla Via, Alberto Ricardo, *Teoría política y constitucional*, Ciudad de México, UNAM/ Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 162.

34. Vid. “Intervención de la Convencional Collin” en “10ª Reunión, 7ª Sesión Ordinaria, 17 de septiembre de 1996”, en *Diario de Sesiones...*, op. cit., T. 2, pp. 265-266.

le atribuya el número de mandatos en relación con su fuerza numérica y, al mismo tiempo, la inclusión de las minorías.

A diferencia de los sistemas mayoritarios³⁵ –que tienden a lograr una mayoría parlamentaria para un partido o alianza de partidos y asegurar la gobernabilidad del sistema político– los sistemas proporcionales persiguen el objetivo político de reflejar de la mejor manera posible los grupos políticos en la población y que la cámara legislativa sea como un espejo de las preferencias de los votantes.³⁶

Las fórmulas electorales³⁷ proporcionales pueden clasificarse entre fórmulas proporcionales con voto único³⁸ y fórmulas proporcionales con voto a lista. A su vez, estas últimas admiten diferentes métodos de cálculo para distribuir cargos: el método del mayor residuo o del cociente electoral³⁹ y el método del divisor, entre los que se encuentran el D'Hondt⁴⁰ o del mayor promedio y la fórmula Sainte-Laguë.⁴¹

35. En cualquiera de sus versiones: sistema de mayoría simple o relativa, sistema de mayoría absoluta con segunda vuelta; sistema de mayoría relativa con segunda vuelta o sistema de pluralidad adaptado.

36. Dalla Via, Alberto Ricardo, *Teoría política ...*, op. cit., p. 169.

37. Constituyen el conjunto de reglas de carácter matemático que permiten convertir los votos obtenidos en la elección por cada partido político en bancas o representación parlamentaria.

38. Se destaca la fórmula del voto único transferible, en la que los electores votan candidatos individuales y la proporcionalidad se da entre candidatos y no necesariamente entre partidos políticos.

39. Como en toda fórmula proporcional hay que determinar la llamada cuota o cociente electoral, y existen diferentes tipos de fórmula: cuota Hare, cuota Droop, cuota Imperiali y cuota Imperiali reforzada. Para el estudio pormenorizado de las características de estas fórmulas, vid. Vidal Marín, Tomás, *Sistemas electorales y Estado autonómico*, Toledo, Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 60-64.

40. Que consiste en dividir los votos obtenidos por cada partido por 1, 2, 3... hasta el número de bancas a distribuir en la correspondiente circunscripción o distrito electoral. Los cocientes resultantes, independientemente de la lista de que provengan, se ordenan de mayor a menor en número igual al de los cargos a cubrir. A cada lista corresponden tantos cargos como veces sus cocientes figuren en el ordenamiento.

41. Modifica la sucesión de divisores. Así, en lugar de dividir por 1, 2, 3... se divide por números impares: 1, 3, 5, 7... hasta el número de cargos a cubrir. De esta forma, al ser mayor la distancia entre los divisores, resultará que a los partidos políticos mayores les costará cada nuevo cargo un número mayor de votos, haciendo posible que los partidos con menos votos consigan algún cargo adicional.

Asimismo, se distinguen tres subtipos de sistemas electorales de representación proporcional:⁴² a) sistemas proporcionales que dificultan el acceso a las bancas mediante una barrera natural dada por la existencia de circunscripciones electorales pequeñas (entre 2 y 5 bancas) y que provocan resultados electorales desproporcionales; b) sistemas proporcionales que dificultan el logro de bancas en el Parlamento mediante una barrera legal; c) sistemas proporcionales que aspiran a una proporcionalidad lo más exacta posible sin barreras naturales o legales.

La barrera legal o umbral electoral⁴³ es un porcentaje mínimo de votos exigido a los partidos políticos para que puedan entrar en el reparto de cargos, es decir, para que puedan conseguir representación política. Este umbral – que dificulta el acceso al Parlamento de partidos minoritarios– tiene una clara finalidad: evitar una excesiva fragmentación del sistema de partidos parlamentarios.

Así, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 160 y 161 del Código Electoral Nacional (Ley N° 19945, t.o. 1983 y sus modificatorias), en la elección de los diputados nacionales se combina la regla D'Hondt con una barrera legal o umbral electoral del 3% de los votos a nivel distrito, que es considerada como baja ya que, si bien previene una desmedida proliferación de partidos políticos con representación parlamentaria, no afecta en forma desmedida la proporcionalidad del resultado de la elección. De hecho, la Cámara Nacional Electoral ha determinado que la supeditación de la asignación de cargos de diputados nacionales a la obtención de un mínimo del 3% de votos del padrón electoral era respetuosa del derecho de representación que poseen las minorías.⁴⁴

De la misma forma, el 26 de octubre de 1997 –conjuntamente con las elecciones de renovación de la Cámara de Diputados de la Nación, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley N° 24620– se realizaron las elecciones para conformar la primera Legislatura porteña bajo la fórmula electoral D'Hondt, de acuerdo a lo previsto en el Código Electoral Nacional.

Como la cláusula transitoria sexta de la CCABA determinó que, por única vez, la duración del mandato de los diputados y las diputadas

42. Cfr. Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales...*, op. cit., p. 110.

43. Está determinada por ley, contrariamente a las barreras naturales o fácticas que existen en los diferentes tamaños de los distritos o circunscripciones.

44. Cfr. Fallo N° 3033/2002, del 25 de junio de 2002.

de la primera Legislatura debía tener correspondencia con el cese del mandato del Jefe de Gobierno, el 14 de enero de 2000 se convocó a elecciones para el 7 de mayo, para cubrir el Ejecutivo y renovar totalmente la Legislatura.

Ante la ausencia de un régimen electoral propio, para la organización de los comicios se resolvió tomar a la Ciudad como distrito único, aplicar lo dispuesto en el artículo 69 del texto constitucional y el sistema de representación proporcional D'Hondt con una barrera legal del 3% para la asignación de bancas, de acuerdo a lo previsto en el Código Electoral Nacional para la elección de diputados nacionales.

Sin embargo, el 17 de marzo de 2000, el TSJ –que tiene competencia para conocer originariamente en materia electoral y de partidos políticos, conforme el artículo 113, inciso 6, de la CCABA–, al expedirse en la causa “Unión del Centro Democrático c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo”, declaró la inaplicabilidad de los artículos 160 y 161 del Código Electoral Nacional vigente en la CABA en lo relativo a la imposición de la barrera legal del 3% y la consecuente imposibilidad para las listas de participar en la asignación de cargos si no alcanzan este umbral electoral.⁴⁵

Entre los fundamentos del TSJ, cabe destacar el siguiente:

La Constitución no impuso como requisito del sistema proporcional adoptado la exigencia de obtener una cantidad mínima de votos para acceder a la distribución de bancas. Tampoco lo prohibió. Omitió, pues, toda referencia a las barreras legales. Estas no constituyen un elemento del sistema proporcional, no hacen a su esencia, ni condicionan su aplicación. Por el contrario, el uso irrazonable de esa técnica restrictiva, ya sea por la magnitud del porcentaje exigido o por otras razones más complejas, puede disminuir la proporcionalidad en tal medida que el sistema elegido quede desvirtuado (Sartori, Giovanni, *op. cit.*, p. 251 y ss.; Nohlen, Dieter, *op. cit.*, pp. 70-71 y 108-109; Nino, Carlos S., “Sobre los sistemas electorales”, en la obra colectiva *Los sistemas electorales. Sus consecuencias políticas y partidarias*). Por lo tanto, *hasta que los legisladores locales no adopten una decisión al respecto, existe una norma constitucional lo-*

45. Vid. Casás, José Osvaldo, “Luces y sombras del régimen electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Revista Pensar en Derecho*, N° 7, Año 4, Buenos Aires, Eudeba, 2015, pp. 99-100.

cal que no contempla ese requisito, lo cual obsta a la aplicación de los arts. 160 y 161 de la Ley N° 19.945. [El destacado me pertenece].⁴⁶

En resumen, y retomando el *principio de representación proporcional*, es importante considerar que la proporcionalidad perfecta “...es difícil de alcanzar en un sistema electoral, pero es más intensa cuanto mayor sea la composición numérica de la cámara, mayor sea el tamaño de la circunscripción electoral y menores sean las distorsiones (...) en la asignación de los escaños.⁴⁷

Por ello, el sistema electoral vigente para la elección de los diputados y las diputadas de la Ciudad aspira a una proporcionalidad lo más exacta posible y favorece a que la fórmula proporcional pueda desarrollar sus efectos:⁴⁸ no se encuentran barreras naturales por ser un único distrito, existe una magnitud electoral amplia (60 representantes) y no hay barrera legal.

EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 69: EL RÉGIMEN ELECTORAL

El régimen electoral es mucho más que una fórmula para convertir votos en escaños o bancas. Su relevancia institucional reside en la capacidad que tiene para incidir directamente en la composición de los Parlamentos, es decir, en los órganos en los que se expresan e integran las diferentes preferencias ideológicas que se encuentran en la sociedad. Pero también constituye “el cauce a través del cual se expresa un derecho fundamental, como es el derecho de participación política”.⁴⁹

Al momento de sancionar un régimen electoral y establecer qué ha de regular este y qué cuestiones ha de contener la Constitución, apare-

46. En igual sentido se expidió el TSJ en la causa “Partido Humanista de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo”, resuelta el 13 de agosto de 2003.

47. Gavara de Cara, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 215.

48. Cfr. Rae, Douglas W., *Leyes electorales y sistema de partidos políticos*, Madrid, CITEP, 1977, p. 39. En el mismo sentido, Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales y partidos políticos*, *op. cit.*, p. 57; Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 21.

49. Biglino Campos, Paloma, “La legislación electoral estatal y el margen del legislador autonómico”, en Gálvez Muñoz, Luis A. (dir.), *El Derecho electoral de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2009, p. 13.

cen dos modelos. Por un lado, se puede observar un modelo detallista, según el cual el régimen electoral aparece regulado con precisión en el texto constitucional. Esto aparece como desventaja la ausencia de flexibilidad para articular el sistema electoral. En la segunda posibilidad, importa que la Constitución establezca un modelo genérico y que los demás elementos se determinen por la ley electoral.⁵⁰

La CCABA ha adoptado el segundo modelo generalista, aunque con un procedimiento de sanción del régimen electoral rígido que requiere una mayoría de los dos tercios de los miembros del Poder Legislativo.

Si bien la Legislatura local aún no ha sancionado el Código Electoral ni la Ley de partidos políticos⁵¹ –tal como lo dispone el artículo 82, inciso 2, de la CCABA–, ha legislado respecto del derecho de sufragio activo de los extranjeros y las extranjeras⁵² (Ley N° 334); la regulación y financiamiento de las campañas electorales (Ley N° 268); la habilitación para votar opcionalmente desde los dieciséis años (Ley N° 4515); la convocatoria a elecciones en fecha no coincidente con las elecciones para Presidente y Vicepresidente de la Nación (Ley N° 875); la forma de elección de los miembros de las Juntas Comunales (Ley N° 1777); y la selección de los candidatos y las candidatas a través de elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias y el régimen normativo de boleta única electrónica y tecnologías electrónicas (Ley N° 4894⁵³).⁵⁴

Además, se han aprobado leyes concernientes a los institutos de democracia participativa, tales como el referéndum, la consulta po-

50. Cfr. Álvarez Conde, Enrique, “Las reformas estatutarias y los sistemas electorales autonómicos”, en Gálvez Muñoz, Luis A. (dir.), *El Derecho electoral de las Comunidades Autónomas*, op. cit., p. 96.

51. Se han presentado varios proyectos de ley para finalmente sancionar un régimen electoral propio. En el transcurso de este año (2016), se ha observado un impulso por parte de las autoridades locales que atiende a la autonomía institucional que fundamenta la competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para legislar sobre su propio sistema electoral, y que deriva del artículo 129 de la Constitución Nacional.

52. Cfr. Perícola, María Alejandra, “El derecho de sufragio de los extranjeros”, *Revista Pensar en Derecho*, N° 7, Año 4, Buenos Aires, Eudeba, 2015, pp. 167-198.

53. BOCBA N° 4338 del 12/02/2014. Decretos reglamentarios N° 376/GCBA/2014 (BOCBA N° 4483 del 18/09/2014), N° 441/GCBA/2014 (BOCBA N° 4523 del 14/11/2014) y N° 513/GCBA/2014 (BOCBA N° 4549 del 29/12/2014).

54. Para un análisis pormenorizado de la implementación de la boleta única electrónica en el proceso electoral de 2015, remito a Lozano, Luis F., “La Boleta Única Electrónica”, *Revista Pensar en Derecho*, N° 7, Año 4, Buenos Aires, Eudeba, 2015, pp. 127-135.

pular y el procedimiento de iniciativa popular para la presentación de proyectos de ley por parte de los electores de la CABA y la revocatoria de mandato.

Por otra parte, el TSJ, en su carácter de autoridad electoral local, el 14 de junio de 2007 dictó la Acordada Electoral N° 6 en la que instrumentó la forma de emisión del sufragio en los comicios del 24 de junio de 2007 (segunda vuelta de elección de Jefe y Vicejefe de Gobierno) de los electores que se encontraban detenidos preventivamente en establecimientos carcelarios situados en la CABA. La Acordada se sustentó en la doctrina sentada por la CSJN en el caso “Mignone, Emilio Fermín s/promueve acción de amparo”⁵⁵ de 2002 –en la cual se estableció que “la prisión preventiva era una medida cautelar, no punitiva; que el estado de inocencia de las personas que, aunque detenidas, no han sido condenadas en un proceso penal determinaba que no se pudiera afectar su derecho de sufragio”– y en la Ley N° 25858 de diciembre de 2003, que reconoció el derecho de sufragio de los procesados no condenados.

En ese mismo sentido, el TSJ se pronunció en la Acordada Electoral N° 7 del 20 de abril de 2011. En el proceso electoral se organizó la forma de emisión del sufragio de las personas detenidas preventivamente, sin condena firme en la jurisdicción del Tribunal, y registradas en el padrón electoral de la Ciudad. Luego, el 6 de septiembre de 2013, el TSJ por mayoría, al expedirse en la causa “Asociación por los Derechos civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, hizo lugar a la acción deducida y declaró la inconstitucionalidad de los incisos e, f y g del artículo 3 del Código Electoral Nacional, que excluyen del padrón de electores a los condenados por delitos dolosos a pena privativa de libertad, a los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos y a los sancionados por la infracción de deserción calificada.

En definitiva, en ausencia de un Código Electoral propio, en las nueve elecciones legislativas locales transcurridas entre 1997 y 2015 se ha aplicado el Código Electoral Nacional en lo referido al método de conversión de votos en escaños o fórmula electoral, salvo en lo que refiere al requisito del 3% para acceder al reparto de las bancas, por la decisión del TSJ ya señalada.

55. Fallos: 325:524.

En las elecciones celebradas el 24 de junio de 2007, el 10 de julio y el 31 de julio de 2011, las personas detenidas preventivamente han ejercido el derecho de sufragio activo. Por otra parte, en el proceso electoral de 2015, mediante la Acordada N° 12 del 20 de abril, el TSJ adoptó las medidas necesarias para que aquellas personas registradas en el padrón electoral de la Ciudad que se encontraban privadas de libertad y que no estuvieran inhabilitadas como consecuencia de lo establecido en el artículo 12 del Código Penal pudieran ejercer su derecho a votar si reunían las demás condiciones exigidas por la legislación electoral (estar inscriptos en el padrón, contar con el documento exigido para sufragar, etcétera).⁵⁶

EL PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 69: LA DURACIÓN DEL MANDATO DE LOS DIPUTADOS Y LAS DIPUTADAS, LA REELECCIÓN Y LA RENOVACIÓN PARCIAL DE LA LEGISLATURA

El *mandato* es la autorización que otorgan los electores a los elegidos a través de la elección, que se constituye como el factor legitimante de la representación política. No se trata de un mandato imperativo mediante el cual los electores puedan fijar el sentido en que los elegidos habrán de emitir su voto –tal como ocurría en la representación característica de la época medieval, que no estaba asociada con el gobierno–. Es un mandato libre que implica que los electores, mediante el sufragio, eligen a sus representantes, pero no intervienen en la formulación de las leyes.

En la CCABA, los representantes ejercen un mandato que es libre. Se encuentran libres de toda influencia, no están ligados a mandatos imperativos, tienen garantizado el derecho a expresarse libremente en la Legislatura y gozan de inmunidades. El mandato de los diputados y

56. Repárese que el 24 de mayo de 2016 la Cámara Nacional Electoral declaró la inconstitucionalidad de los incisos e, f y g del artículo 3 del Código Electoral Nacional y de los artículos 12 y 19, inc. 2, del Código Penal de la Nación y requirió al Congreso de la Nación que revise la reglamentación vigente a la brevedad posible. Causa “Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/Estado Nacional -Ministerio del Interior y Transporte s/amparo- Acción de Amparo Colectivo (Inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2 C.P. y 3 inc. e), f) y g) C.E.N.)”. Expte. CNE 3451/2014/CA1.

las diputadas dura cuatro años.⁵⁷ Son reelegibles por un solo período consecutivo y, una vez reelectos, podrán serlo nuevamente con un intervalo de cuatro años.

Respecto de la regulación de la *reelección*, la Convención Constituyente se apartó de la tradición de la reelección indefinida de los poderes legislativos⁵⁸ que existe en nuestro país tanto a nivel nacional como provincial,⁵⁹ en consonancia con la forma republicana de gobierno que, según Bidart Campos, puede delinearse a través de las siguientes características: a) división de poderes; b) elección popular de los gobernantes; c) temporalidad del ejercicio del poder, o sea, renovación periódica de los gobernantes; d) publicidad de los actos de gobierno; e) responsabilidad de los gobernantes; y f) igualdad ante la ley.⁶⁰ Y, en el debate se hizo hincapié en la *alternancia política*, “por entender que ella, en contraposición al continuismo político, representa una renovación y devuelve credibilidad a nuestras instituciones”.⁶¹

Con relación a la *renovación parcial* de la Legislatura, la mencionada cláusula transitoria sexta de la Ley Fundamental porteña dispuso lo siguiente:

Los diputados de la primera Legislatura duran en sus funciones, por única vez, desde el día de la incorporación hasta el día de cese del mandato del Jefe de Gobierno. *La primera Legislatura establecerá el sistema que garantice su renovación en forma parcial de la segunda Legislatura, inclusive.* [El resaltado me pertenece].

57. Aunque la Ley N° 357/2000 regula el derecho del electorado de la Ciudad a requerir la revocatoria al mandato de funcionarios y funcionarias electivos de los poderes Legislativo y Ejecutivo y de las Comunas, conforme con lo establecido por el artículo 67 de la CCABA.

58. Cfr. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 187.

59. La única excepción, al momento de sancionarse la CCABA en 1996, es la Constitución de la Provincia de Tucumán de 1990. Actualmente, las constituciones de las Provincias de Neuquén de 2006 y Santiago del Estero de 2005 disponen que los diputados pueden ser reelectos por un solo período consecutivo y que luego no podrán ser elegidos nuevamente, sino con un intervalo de un período.

60. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1999-2000, T. I-A, p. 63.

61. “Intervención de la Convencional Yelicic”, en “15ª Reunión, 9ª Sesión Ordinaria, 26 de septiembre de 1996”, en *Diario de Sesiones...*, op. cit, T. 3, p. 39.

Por esta disposición, sumado a lo establecido por la cláusula transitoria cuarta, los diputados y las diputadas de la primera Legislatura finalizaron su mandato en diciembre de 2000.

La segunda Legislatura también tuvo un mandato reducido de conformidad a las disposiciones de la cláusula transitoria cuarta del texto constitucional y de la Ley N° 124,⁶² que establecieron que el plazo de los mandatos del Jefe o la Jefa y Vicejefe o Vicejefa de Gobierno de la Ciudad y de los sesenta diputados finalizaba el día 10 de diciembre de 2003 (a fin de posibilitar que las sucesivas renovaciones coincidieran con las de las autoridades nacionales), con las limitaciones dispuestas en la cláusula transitoria sexta para el caso de los diputados y las diputadas.

El período comprendido entre el 10 de diciembre de 2003 y el 10 de diciembre de 2007 sería el primer mandato completo de los diputados y las diputadas de la Ciudad. Por ello, ya iniciada la tercera Legislatura, y ante la inminente obligación de cumplir la manda de la cláusula transitoria sexta, en la sesión del 11 de marzo de 2004⁶³ se trató el sistema de renovación parcial de la composición de la Legislatura a partir del 10 de diciembre de 2005.

La Resolución N° 8/2004 determinó que el mecanismo para establecer los turnos de renovación de todos los mandatos sería el *sorteo*,⁶⁴ debiendo atender a:

- a) Respetar la representatividad de las listas como criterio para integrar cada uno de los grupos de legisladores que serán sorteados.
- b) Las listas integradas por alianzas entre partidos realicen una distribución equitativa de diputadas y diputados de un mismo partido, entre los grupos a ser conformados.
- c) La proporcionalidad entre varones y mujeres según lo estipulado por el artículo 36 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

62. Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires N° 620 del 28/01/1999.

63. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, versión taquigráfica 7, Acta de la 3° Sesión Ordinaria, 11 de marzo de 2004, pp. 47-136.

64. En los Despachos de Minoría se propusieron diferentes sistemas: el sorteo puro entre los sesenta diputados; la realización de una consulta popular vinculante para que el electorado de la CABA decida sobre la duración del mandato de sus representantes y el acuerdo entre integrantes de cada bloque.

El sorteo se realizó en una sesión especial realizada el 18 de marzo de 2004 y, a partir de la elección de 2005, el Poder Ejecutivo de la Ciudad convoca a elegir treinta diputados y diputadas titulares y diez suplentes para integrar el Poder Legislativo.

Las elecciones para renovar en forma parcial la Legislatura convocadas para el 23 de octubre de 2005 y para el 27 de octubre de 2013 se realizaron de forma conjunta y simultánea con las elecciones nacionales, conforme la Ley Nacional N° 15262.

En cambio, los comicios de los años 2007, 2011⁶⁵ y 2015 se celebraron en fechas distintas a la fijada por el Poder Ejecutivo Nacional para elegir Presidente y Vicepresidente, de conformidad con la Ley N° 875,⁶⁶ que dispone que “El Poder Ejecutivo deberá convocar a elecciones de Jefe/a de Gobierno, Vicejefe/a de Gobierno y Diputados/as de la Ciudad en fechas distintas a la fijada por el Poder Ejecutivo Nacional para elegir Presidente/a de la Nación y Vicepresidente/a de la Nación”.

En 2000, 2003 y 2009 las elecciones también fueron convocadas sin sujeción a la Ley de Simultaneidad N° 15262, no sólo por una tradición de la Ciudad de convocar en los meses de mayo y junio; sino más bien por la autonomía que goza en materia electoral conforme la prescripción del artículo 129 de la Constitución Nacional.

PALABRAS FINALES

Durante el *iter* constituyente prevaleció la voluntad de determinar las directrices fundamentales del sistema electoral para la elección de los diputados y las diputadas de la CABA, con la manifiesta finalidad de respetar la forma republicana de gobierno, la igualdad del voto, el principio de representación proporcional y la prohibición de la reelección indefinida. Ahora, a veinte años de la sanción de la Constitución porteña, es el turno del Poder Legislativo.

Con la mayoría de los dos tercios del total de sus miembros, la Legislatura tendrá que sancionar el Código Electoral. Para ello, se presentan una serie de puertas que están abiertas a la innovación legislativa autonómica: la distribución de las circunscripciones elec-

65. El 10 de julio de 2011 se eligieron por primera vez a siete miembros titulares y cuatro suplentes para integrar cada una de las quince Juntas Comunes de la CABA.

66. Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires N° 1530 del 20/09/2002.

torales, la estructura de las listas, la concreta fórmula de tipo proporcional, la imposición de una barrera legal, la adecuación del número de diputados y diputadas conforme las variaciones demográficas, la paridad electoral, la creación de un Tribunal Electoral,⁶⁷ el derecho de sufragio activo de las personas que se encuentren privadas de libertad con prisión preventiva o condenadas, e incluso el derecho de sufragio pasivo de los extranjeros y las extranjeras residentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

67. En cuyo caso, el TSJ actuará por vía de apelación (art. 113, inc. 6 CCABA).

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 70 A 79 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CABA

Por Daniel Agustín Presti

Artículo 70

Para ser diputado se requiere:

1. **Ser argentino nativo, por opción o naturalizado. En el último caso debe tener, como mínimo, cuatro años de ejercicio de la ciudadanía.**
2. **Ser natural o tener residencia en la Ciudad, inmediata a la elección, no inferior a los cuatro años.**
3. **Ser mayor de edad.**

Para ser diputado se requiere ser argentino nativo, por opción o naturalizado. También ser natural o tener residencia en la Ciudad no inferior a cuatro años y ser mayor de edad.¹

Los requisitos para ser diputado evidenciaron innovaciones respecto a la Constitución Nacional que fueron oportunamente comentadas por el prestigioso jurista Humberto Quiroga Lavié. Es de destacar que, a partir de 2009, con la reforma incorporada al Código Civil mediante la Ley N° 23579, la mayoría de edad se alcanza a los 18 años. Este

1. Bidart Campos, Germán, *Instituciones de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Fedye, 2001, p. 332.

requisito sería al momento de la aprobación del diploma por parte de la Legislatura, ya que es a partir de ese instante que debe desempeñarse como diputado.

En relación a la residencia inmediata que se requiere a quienes no sean naturales, en la Ciudad de Buenos Aires es, como mínimo, de cuatro años. Está claro que los cuatro años de ciudadanía exigida a los extranjeros naturalizados comienzan a correr desde el día que la obtienen.

La Constitución Nacional difiere de la Constitución de la Ciudad ya que en su artículo 48 establece que para ser diputado se requiere haber cumplido veinticinco años de edad, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio y ser natural de la provincia que lo elija, o por tener dos años de residencia inmediata en ella.

Todos los requisitos exigidos deben estar cumplidos al tiempo de la incorporación de los diputados a la Cámara. Además, no pueden ser ampliados por ley por ser materia especialmente reglada por la Constitución (Fallos: 248:398).²

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires también varía en cuanto a las cualidades para ser diputados. Establece la necesidad de contar con ciudadanía natural en ejercicio, o legal después de cinco años de obtenida, residencia inmediata de un año para los que no sean hijos de la Provincia y veintidós años de edad (artículo 71).

Artículo 71

La Presidencia de la Legislatura es ejercida por el Vicejefe de Gobierno, quien conduce los debates, tiene iniciativa legislativa y vota en caso de empate. La Legislatura tiene un Vicepresidente Primero, que es designado por la misma, quien ejerce su coordinación y administración, suple al Vicejefe de Gobierno en su ausencia y desempeña todas las funciones que le asigna el reglamento.

La Presidencia de la Legislatura está a cargo del Vicejefe de Gobierno.

Como en el Senado de la Nación, que es presidido por el Vicepresidente de la República, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el Vicejefe de Gobierno tiene a su cargo el desarrollo de los debates y vota únicamente en los casos de desempate.

2. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Comentada*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 189.

Como nota particular en este artículo, es importante destacar que el Vicejefe tiene iniciativa legislativa, algo que no explicita la Constitución Nacional sobre el Vicepresidente.

La función específica del Vicejefe de Gobierno es presidir la Legislatura. En forma subsidiaria y solamente en caso de ausencia o vacancia, el Vicejefe ejerce la Jefatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El cuerpo elige asimismo a un Vicepresidente Primero, que tiene a cargo la función de coordinación de las actividades organizacionales y administrativas, no así las parlamentarias, que son exclusivas del Vicejefe de Gobierno. En caso de ausencia, el Vicepresidente Primero suplente al Vicejefe y desempeña todas las funciones asignadas en el reglamento interno de la Legislatura.

Artículo 72

No pueden ser elegidos diputados:

- 1. Los que no reúnan las condiciones para ser electores.**
- 2. Las personas que están inhabilitadas para ocupar cargos públicos mientras dure la inhabilitación.**
- 3. Los condenados por delito mientras no hayan cumplido todas sus penas.**
- 4. Los condenados por crímenes de guerra, contra la paz o contra la humanidad.**
- 5. Los militares o integrantes de fuerzas de seguridad, en actividad.**

La Constitución de la Ciudad determina taxativamente un conjunto de impedimentos para ser elegido diputado.

En este artículo, es importante destacar la diferencia que existe entre el concepto de inhabilidad del de incompatibilidad, que ha sido previsto en el artículo 73. Cuando la Constitución menciona las inhabilidades, está haciendo referencia a atributos de las personas que les impiden postularse para el cargo de diputados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por el contrario, las incompatibilidades son aquellas que surgen de relaciones verificadas a partir de ciertas actividades, tales como empleos, profesiones o funciones que no pueden ser desempeñadas en forma simultánea por quien quiere postularse como diputado.

Néstor Pedro Sagüés divide las incompatibilidades e inhabilidades en dos grupos. En el primero incluye a las mencionadas en el artículo 72; es decir, las condenas por crímenes de guerra contra la paz y la humanidad,

o el desempeño de las fuerzas militares o de seguridad. En el segundo grupo, se refiere a las mencionadas en el artículo 73.³

Artículo 73

La función de diputado es incompatible con:

- 1. El ejercicio de cualquier empleo o función pública nacional, provincial, municipal o de la Ciudad, salvo la investigación en organismos estatales y la docencia. La ley regula la excedencia en los cargos de carrera.**
- 2. Ser propietario, directivo, gerente, patrocinante o desempeñar cualquier otra función rectora, de asesoramiento o el mandato de empresa que contrate con la Ciudad o sus entes autárquicos o descentralizados. Para la actividad privada, esta incompatibilidad dura hasta dos años después de cesado su mandato y su violación implica inhabilidad para desempeñar cualquier cargo público en la Ciudad por diez años.**
- 3. Ejercer la abogacía o la procuración contra la Ciudad, salvo en causa propia.**

La Constitución de la Ciudad crea un régimen de incompatibilidades por el cual no puede cumplir la función de diputado quien ejerza cualquier empleo o función pública nacional, provincial, o municipal; sea propietario, directivo o gerente de empresa que contrate con la Ciudad, o practique la abogacía contra la Ciudad.⁴

La mayor parte de la doctrina considera que la Constitución local ha ampliado las incompatibilidades previstas para los diputados respecto de aquellas que surgen de la Constitución Nacional, la cual establece que les está prohibido únicamente recibir empleo del Poder Ejecutivo sin el consentimiento del Congreso Nacional. En cambio, para los diputados de la Ciudad, es incompatible el ejercicio de cualquier empleo o función pública nacional, provincial, municipal o de la Ciudad, salvo la docencia y la investigación en organismos estatales.

El fundamento de este artículo es evitar situaciones de conflicto de interés. Es por ello que el constituyente seleccionó una serie de incompatibilidades de actividades (empleos, funciones o profesiones) que,

3. Sagüés, Néstor Pedro, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, p. 57.

4. Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, p. 333.

en consecuencia, no pueden ser ejercidas en forma simultánea con el cargo de diputado.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires señala incompatible el cargo de diputado con el de empleado a sueldo de la Provincia o de la Nación, y con el de miembro de los directorios de los establecimientos públicos de la Provincia, exceptuándose los del magisterio en ejercicio y las comisiones eventuales. Además, determina que todo ciudadano que, siendo diputado, aceptase cualquier empleo de los mencionados anteriormente, cesará en su cargo como miembro de la Cámara (artículo 72).

Artículo 74

La Legislatura se reúne en sesiones ordinarias desde el primero de marzo al quince de diciembre de cada año.

La Legislatura puede ser convocada a sesiones extraordinarias, siempre que razones de gravedad lo reclamen, por el Jefe de Gobierno, por su Presidente o a solicitud de un tercio de sus miembros.

Todas las sesiones de la Legislatura son públicas.

La Legislatura no entra en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros.

Este artículo hace referencia al funcionamiento de la Legislatura. Cabe mencionar que además de las sesiones ordinarias y extraordinarias, el Reglamento Interno de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prevé en su artículo 1 las denominadas sesiones preparatorias, las cuales no están previstas expresamente en la Constitución y cuya base normativa surge del mismo reglamento. Son las primeras, en el orden del tiempo. Tienen por objeto recibir a los electos diputados y elegir las autoridades del cuerpo.

Es deber del Jefe de Gobierno de la Ciudad abrir las sesiones ordinarias de la Legislatura (artículo 105, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Asimismo, la Constitución Nacional en su artículo 63 establece que ambas Cámaras se reunirán por sí mismas en sesiones ordinarias todos los años, desde el primero de marzo hasta el treinta de noviembre. Pueden también ser convocadas extraordinariamente por el Presidente de la Nación o prorrogadas sus sesiones. Es decir que las sesiones

ordinarias en la Legislatura de la Ciudad se extienden por 15 días más que las sesiones en el Congreso de la Nación.

Bidart Campos señala que la Ciudad no incorporó el criterio más progresista de reconocer a la Legislatura la facultad de convocarse por sí misma para iniciar el período de sesiones ordinarias, como lo recogió la Constitución Nacional en su artículo 99 inciso 8.⁵

Es importante destacar que el cuerpo entra en sesión con la mayoría absoluta de sus miembros. Este es el quórum exigido para sesionar. Se denomina quórum, según el Derecho parlamentario, al número mínimo de miembros para que el cuerpo pueda sesionar, de modo que los miembros presentes superen a los ausentes. En el caso de la Legislatura, se necesitan 31 diputados para el inicio de cada sesión.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en relación con esto, expresa: “La Cámara de Diputados y la de Senadores, abrirán automáticamente sus sesiones ordinarias, el primer día hábil del mes de marzo de cada año y las cerrarán el treinta de noviembre” (artículo 84).

Artículo 75

El presupuesto de la Legislatura para gastos corrientes de personal no podrá superar el uno y medio por ciento del presupuesto total de la Ciudad. Vencido el primer mandato podrá modificarse ese tope con mayoría calificada de dos tercios de los miembros con el procedimiento previsto en el artículo 90.

La remuneración de los legisladores se establece por ley y no puede ser superior a la que percibe el Jefe de Gobierno.

Respecto del presupuesto de la Legislatura, se prevé que el gasto corriente de personal no podrá superar el uno y medio por ciento del presupuesto total de la Ciudad. Para el jurista Bidart Campos, dicho límite fue considerado como una adecuada pauta moderadora que procura evitar un eventual desborde del gasto en personal, que perjudicaría la atención de otras áreas esenciales contempladas en el mismo presupuesto.⁶

Este artículo pone límites a los gastos corrientes de personal, pero deja habilitada la posibilidad de que el presupuesto total del cuerpo sea mayor.

5. Ídem.

6. Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, p. 334.

El uno y medio por ciento de tope que establece la Constitución de la Ciudad puede modificarse con la mayoría calificada de los dos tercios de la Legislatura siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 90, es decir aprobando la modificación por doble lectura o votación. Se deben cumplimentar las etapas de Despacho de Comisión previo, la aprobación inicial por la Legislatura, la realización de audiencia pública dentro de los 30 días para que los interesados puedan reclamar y/o hacer observaciones y, por último, se necesitará la resolución definitiva de la Legislatura.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece que la Legislatura sancionará su presupuesto acordando el número de empleados que necesite, su dotación y la forma en que deben proveerse. Esta ley no podrá ser vetada por el Poder Ejecutivo (artículo 94).

Artículo 76

La Legislatura organiza su personal en base a los siguientes principios: ingreso por concurso público abierto, derecho a la carrera administrativa y a la estabilidad; tiene personal transitorio que designan los diputados por un término que no excede el de su mandato; la remuneración de su personal la establece por ley sancionada por los dos tercios del total de sus miembros.

Según Quiroga Lavié, se le reconoce a la Legislatura la atribución de organizar su propio personal. Ello deberá ser realizado por la decisión del cuerpo a partir del respeto de los principios enumerados a continuación:⁷

a) Ingreso por concurso público; es decir, está prohibido el concurso cerrado, realizado sólo entre el personal interno que pudiera existir en planta transitoria o como meritório.

b) Derecho a la carrera administrativa y a la estabilidad.

c) El personal transitorio que designan los diputados dura en sus cargos el tiempo del mandato del legislador.

d) La remuneración se establece por ley sancionada por los dos tercios de sus miembros.

7. Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, p. 196.

No se indica si la mayoría es sobre los presentes o sobre el total del cuerpo. Se estima que se refiere a los presentes.⁸

Artículo 77

La Legislatura de la Ciudad es juez exclusivo de los derechos y títulos de sus miembros.

En el acto de su incorporación, los diputados prestan juramento o compromiso de desempeñar debidamente su cargo y de obrar en conformidad con lo que prescribe la Constitución Nacional y esta Constitución.

La exclusividad del cuerpo como juez de los derechos y títulos de sus miembros se ampara en el artículo 64 de la Constitución Nacional. Se interpreta que es la Legislatura quien determina si sus miembros están calificados y presentan la idoneidad pretendida para ocupar el cargo de diputado.

La incorporación de los diputados se produce con el acto de juramento, que se efectuará según la fórmula religiosa o laica que se prefiera.⁹ Esta disposición establece que cuando se incorporan los diputados, deben prestar juramento o compromiso de desempeñar debidamente su cargo y de obrar en conformidad con lo que establecen tanto la Constitución Nacional como la de la Ciudad.

Por su parte, el artículo 29 del Reglamento de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispone lo siguiente:

Los Diputados/as deben prestar juramento o manifestar compromiso de desempeñar fielmente su cargo y obrar de conformidad a la Constitución Nacional y a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, antes de incorporarse al Cuerpo, el que debe ser tomado por el presidente/a, permaneciendo de pie todos los presentes.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece que al aceptar el cargo, los diputados y senadores jurarán por Dios y por la Patria, o por la Patria, desempeñarlo fielmente (artículo 101).

Artículo 78

Ningún diputado puede ser acusado, interrogado judicialmente ni molestado por las opiniones, discursos o votos que emita en el ejercicio de su función, desde el día de su elección hasta la finalización de su mandato.

8. Ídem.

9. Ídem.

Los diputados no pueden ser arrestados desde el día de su elección y hasta el cese de su mandato, salvo en caso de flagrante delito, lo que debe ser comunicado de inmediato a la Legislatura, con información sumaria del hecho. La inmunidad de arresto no implica la de proceso, ni impide la coerción dispuesta por juez competente para la realización de los actos procesales indispensables a su avance.

La inmunidad de arresto puede ser levantada, ante requerimiento judicial, con garantía de defensa, por decisión de las dos terceras partes del total de los miembros de la Legislatura. La misma decisión se puede tomar por mayoría simple a pedido del diputado involucrado.

Se reconocen para los diputados dos tipos de inmunidades: la de opinión y la de arresto.

La inmunidad de opinión se fundamenta en los lineamientos básicos del artículo 68 de la Constitución Nacional. La prohibición comprende a todo dicho, expresión o manifestación de ideas, tanto en forma verbal como escrita, en la medida en que se formulen en el ejercicio de sus funciones. Por ello, se encuentran alcanzadas por esta inmunidad las expresiones vertidas durante las sesiones, reuniones de comisión, discursos, etc.

Tal disposición, si bien ha sido interpretada con carácter amplio por la doctrina y jurisprudencia, en tanto fortalece la división de poderes, ha merecido, en algunos fallos, el estudio de su alcance. El argumento principal radica en cuestionar si las expresiones del legislador se relacionan directamente con la tarea que él cumple en el cuerpo legislativo.

La jurisprudencia señala que

... con respecto a las opiniones que los legisladores emitan fuera del recinto parlamentario, lo determinante es que tiene que haberse producido con motivo y en ejercicio de la función que el legislador detenta, independientemente del elemento espacial. Lo decisivo será –en todos los casos– el vínculo funcional, ya que esta inmunidad protege opiniones y discursos emitidos en el desempeño de su cargo, con ocasión del mismo y en cumplimiento de su función pero siempre con suficiente conexidad funcional con el cargo de legislador.

La Constitución también ampara a los diputados contra la privación de su libertad personal otorgándoles inmunidad de arresto, excepto en los casos de ser sorprendido *in fraganti* en la comisión de algún delito. Es importante destacar que este privilegio se refiere a la

protección contra la detención o privación de la libertad corporal, pero no da inmunidad de proceso. Es decir que la causa penal puede iniciarse, siempre y cuando no se afecte la libertad del imputado.

La jurisprudencia ha señalado en relación a esta inmunidad que

La vigencia de este principio tiene su fundamento en evitar, en la máxima medida, que se coarte la presencia efectiva de la representación popular que hace a la esencia de nuestro sistema representativo republicano, y configura uno de los factores del delicado equilibrio organizado por los constituyentes en las relaciones que vinculan a los tres Poderes del Estado, para evitar que el ejercicio abusivo de sus respectivas atribuciones conspire contra su funcionamiento armonioso, en contra de las finalidades para las cuales ha sido instituido (Fallos: 4043:08).

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece que los miembros de las cámaras gozarán de completa inmunidad en su persona, desde el día de su elección hasta el día en que cese su mandato, y no podrán ser detenidos por ninguna autoridad sino en caso de ser sorprendidos en la ejecución flagrante de algún crimen, dándose inmediatamente cuenta a la Cámara respectiva, con la información sumaria del hecho, para que resuelva lo que corresponda, según el caso, sobre la inmunidad personal. Es decir que el período de inmunidad es el mismo que el de la Ciudad de Buenos Aires (artículo 97).

Artículo 79

La Legislatura, con el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros, puede suspender o destituir a cualquier diputado, por inconducta grave en el ejercicio de sus funciones o procesamiento firme por delito doloso de acción pública. En cualquier caso debe asegurarse el previo ejercicio del derecho a defensa.

Con el voto de las dos terceras partes del total de sus integrantes, la Legislatura podrá suspender o destituir a cualquier diputado por las causales de inconducta grave en el ejercicio de sus funciones o procesamiento firme por delito doloso de acción pública.¹⁰ Siempre con posterioridad al debido ejercicio del derecho a la defensa.

En relación con este artículo podemos hacer mención al reglamento Interno de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,

10. Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, p. 335.

ya que en sus artículos 43 y 54 se proveen causas que constituyen in-conductas en el ejercicio de la función y que determinan por ende la aplicación dispuesta por el mencionado artículo.

Por otra parte, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece que cuando se deduzca acusación contra cualquier senador o diputado ante la Justicia, podrá la Cámara respectiva suspender en sus funciones al acusado con dos tercios de los votos. A su vez, cada Cámara tiene la potestad para corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones con dos tercios de los votos y expulsarlo en caso de reincidencia con el mismo número de votos (artículo 74).

Capítulo Segundo Atribuciones

LA CONSTITUCIÓN ANALIZADA DESDE EL APORTE DEL LEGISLADOR

Por Daniel Rodríguez Masdeu y María Gracia Nenci

Artículo 80

La Legislatura de la Ciudad:

1. **Dicta leyes, resoluciones y declaraciones para hacer efectivo el ejercicio de los derechos, deberes y garantías establecidos en la Constitución Nacional y en la presente y toma todas las decisiones previstas en esta Constitución para poner en ejercicio los poderes y autoridades.**
2. **Legisla en materia:**
 - a) **Administrativa, fiscal, tributaria, de empleo y ética públicos, de bienes públicos, comunal y de descentralización política y administrativa.**
 - b) **De educación, cultura, salud, medicamentos, ambiente y calidad de vida, promoción y seguridad sociales, recreación y turismo.**
 - c) **De promoción, desarrollo económico y tecnológico y de política industrial.**
 - d) **Del ejercicio profesional, fomento del empleo y policía del trabajo.**
 - e) **De seguridad pública, policía y penitenciaría.**

- f) Considerada en los artículos 124 y 125 de la Constitución Nacional.
 - g) De comercialización, de abastecimiento y de defensa del usuario y consumidor.
 - h) De obras y servicios públicos, cementerios, transporte y tránsito.
 - i) De publicidad, ornato y espacio público, abarcando el aéreo y el subsuelo.
 - j) En toda otra materia de competencia de la Ciudad.
3. Reglamenta el funcionamiento de las Comunas, de los consejos comunitarios y la participación vecinal, en todos sus ámbitos y niveles.
 4. Reglamenta los mecanismos de democracia directa.
 5. A propuesta del Poder Ejecutivo sanciona la ley de Ministerios.
 6. Dicta la ley de puertos de la Ciudad.
 7. Legisla y promueve medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato entre varones y mujeres; niñez, adolescencia, juventud, sobre personas mayores y con necesidades especiales.
 8. Aprueba o rechaza los tratados, convenios y acuerdos celebrados por el Gobernador.
 9. Califica de utilidad pública los bienes sujetos a expropiación y regula la adquisición de bienes.
 10. Sanciona la ley de administración financiera y de control de gestión de gobierno, conforme a los términos del artículo 132.
 11. Remite al Poder Ejecutivo el presupuesto anual del cuerpo para su incorporación en el de la Ciudad antes del 30 de agosto.
 12. Sanciona anualmente el Presupuesto de Gastos y Recursos.
 13. Considera la cuenta de inversión del ejercicio anterior, previo dictamen de la Auditoría.
 14. Autoriza al Poder Ejecutivo a contraer obligaciones de crédito público externo o interno.
 15. Aprueba la Ley Convenio a la que se refiere el inciso 2 del artículo 75 de la Constitución Nacional.
 16. Acepta donaciones y legados con cargo.
 17. Crea, a propuesta del Poder Ejecutivo, entes descentralizados y reparticiones autárquicas y establece la autoridad y procedimiento para su intervención.
 18. Establece y reglamenta el funcionamiento de los organismos que integran el sistema financiero de la Ciudad.
 19. Regula los juegos de azar, destreza y apuestas mutuas, conforme al artículo 50.

20. Regula el otorgamiento de subsidios, según lo previsto en el Presupuesto.
21. Concede amnistías por infracciones tipificadas en sus leyes.
22. Convoca a elecciones cuando el Poder Ejecutivo no lo hace en tiempo debido.
23. Recibe el juramento o compromiso y considera la renuncia de sus miembros, del Jefe y del Vicejefe de Gobierno y de los funcionarios que ella designe. Autoriza licencias superiores a treinta días al Jefe y al Vicejefe de Gobierno.
24. Otorga los acuerdos y efectúa las designaciones que le competen, siguiendo el procedimiento del artículo 120.
25. Regula la organización y funcionamiento de los registros: de la Propiedad Inmueble, de Personas Jurídicas y del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad y todo otro que corresponda.
26. Nombra, dirige y remueve a su personal.
27. Aprueba la memoria y el programa anual de la Auditoría General, analiza su presupuesto y lo remite al Poder Ejecutivo para su incorporación al de la Ciudad.

Artículo 81

Con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros:

1. Dicta su reglamento.
2. Sanciona los Códigos Contravencional y de Faltas, Contencioso Administrativo, Tributario, Alimentario y los Procesales, las leyes general de educación, básica de salud, sobre la organización del Poder Judicial, de la mediación voluntaria y las que requiere el establecimiento del juicio por jurados.
3. Aprueba y modifica los Códigos de Planeamiento Urbano, Ambiental y de Edificación.
4. Sanciona a propuesta del Poder Ejecutivo, el Plan Urbano Ambiental de la Ciudad.
5. Crea organismos de seguridad social para empleados públicos y profesionales.
6. Aprueba los acuerdos sobre la deuda de la Ciudad.
7. Impone nombres a sitios públicos, dispone el emplazamiento de monumentos y esculturas y declara monumentos, áreas y sitios históricos.
8. Legisla en materia de preservación y conservación del patrimonio cultural.
9. Impone o modifica tributos.

Artículo 82

Con la mayoría de los dos tercios del total de sus miembros:

1. **Aprueba los símbolos oficiales de la Ciudad.**
2. **Sanciona el Código Electoral y la Ley de los partidos políticos.**
3. **Sanciona la ley prevista en el artículo 127 de esta Constitución. Interviene las Comunas cuando existiere causa grave; el plazo de intervención no puede superar en ningún caso los noventa días.**
4. **Aprueba transacciones, dispone la desafectación del dominio público y la disposición de bienes inmuebles de la Ciudad.**
5. **Aprueba toda concesión, permiso de uso o constitución de cualquier derecho sobre inmuebles del dominio público de la Ciudad, por más de cinco años.**
6. **Disuelve entes descentralizados y reparticiones autárquicas.**

Artículo 83

La Legislatura puede:

1. **Requerir la presencia del Gobernador, de los ministros y demás funcionarios del Poder Ejecutivo y de cualquier funcionario que pueda ser sometido a juicio político. La convocatoria debe comunicar los puntos a informar o explicar y fijar el plazo para su presencia. La convocatoria al Jefe de Gobierno y a los jueces del Tribunal Superior procede con mayoría de dos tercios del total de sus miembros.**
2. **Crear comisiones investigadoras sobre cualquier cuestión de interés público. Se integra con diputados y respeta la representación de los partidos políticos y alianzas.**
3. **Solicitar informes al Poder Ejecutivo.**

Artículo 84

La Legislatura no puede delegar sus atribuciones.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de análisis de los artículos 80 a 84 de la Constitución de la Ciudad ha sido realizado con la clara intención de apreciarlos desde la mirada del legislador, ya que se han dado circunstancias muy especiales desde los albores del Estado de la Ciudad de Buenos Aires que han condicionado el inicio de la función de la Legislatura.

Si bien el tema seguramente ya ha sido analizado con mayor profundidad en otras partes de esta Constitución Comentada, conviene

recordar que el Dr. Fernando de la Rúa asumió como Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 6 de agosto de 1996, con un mandato de cuatro años que finalizaba el 6 de agosto de 2000.

Cabe aquí acotar dos puntos trascendentes:

1. Se encontraba funcionando el Concejo Deliberante.
2. No se había dictado el Estatuto Organizativo, devenido posteriormente en Constitución de la Ciudad.

Se procede luego al llamado a elección de los sesenta convencionales constituyentes que finalizan su titánica tarea con la jura de la Constitución de la Ciudad el 10 de octubre de 1996, ya que no existía un núcleo de coincidencias básico orientador que votar, tal como ocurrió con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, sino que, citando a los propios constituyentes de la Ciudad: “todo estaba por hacer”.

Posteriormente se produce el llamado a elecciones por parte del Jefe de Gobierno a través del Decreto N° 653-GCBA-96, oportunamente dictado en cumplimiento de la cláusula transitoria novena de la Constitución Nacional, que establecía que el Jefe de Gobierno debía llamar a elecciones de Diputados a realizarse antes del 31 de marzo de 1977, posteriormente modificado por el Decreto N° 380/97, que finalmente definió el acto comicial para el 29 de junio de ese mismo año, a efectos de la elección de sesenta diputados para integrar el Poder Legislativo de la Ciudad.

Los sesenta legisladores primigenios comienzan su mandato el 10 de diciembre de 1997 y finalizan su período de mandato acotado el 6 de agosto de 2000, en fecha coincidente con la finalización del mandato del primer Jefe de Gobierno.

Esta primera composición de la Legislatura, a pesar de contar con solamente doce de los convencionales constituyentes que habían aprobado la Constitución de la Ciudad, representa el mismo espíritu de la Convención, y va a ser fundamental su visión de la Carta Magna, para que esta no se transforme en una mera hoja de papel.

Posteriormente, la segunda Legislatura comienza su mandato el 6 de agosto de 2000 en forma coincidente con el inicio del mandato del segundo Jefe de Gobierno, para finalizar ambos períodos el 10 de diciembre de 2003, de modo tal de coincidir con las autoridades nacionales en virtud de lo dispuesto por la Ley N° 124.

La Constitución de la Ciudad vive y comienza a crecer y desarrollarse en el espíritu y el hacer diario de la primera y la segunda Legislatura, que a la postre resultarán esenciales para poner en funcionamiento las instituciones que la carta fundamental nos demanda.

A nuestro entender, las dos primeras composiciones de la Legislatura no sólo representaban claramente el precepto dado por el constituyente, sino que por las especiales características de sus integrantes y el trabajo realizado, resultaron ser, sobre todo la primera, una extensión de la constituyente misma.

Por ello consideramos que la manera más acertada de interpretar estos artículos es a través de la mención y análisis de las leyes y el reglamento que dictaron, que les permitieron poner en marcha las instituciones de la Ciudad, considerando que en ambos casos la integración de la Legislatura duró algo más de tres años, sin renovaciones parciales ni en los legisladores ni en las presidencias y composiciones de las Comisiones de Asesoramiento Permanente y las Juntas. Este fue un hecho sin precedentes que devino en una amalgama de intenciones, de esfuerzos y de logros que hicieron de ellas un ejemplo de intercambio fructífero de ideas y de convivencia democrática para la superación del todo por sobre la suma de las individualidades, y un ejemplo digno a seguir por las generaciones futuras.

Bastaría solamente para contrastar esta apreciación, verificar la cantidad de leyes fundamentales aprobadas por ambas Legislaturas que le dieron el marco de sustentabilidad a todo el andamiaje de las instituciones de la Ciudad.

Por los motivos expuestos, hemos procedido a analizar los artículos constitucionales encomendados para esta obra en base al verdadero espíritu del legislador constituyente, y del legislador originario de las dos primeras conformaciones de la Legislatura, que no es otro que el que ha puesto en ejecución el mandato constitucional.

ARTÍCULO 81 INCISO 1 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CABA

El artículo 81 inciso 1 de la Constitución de la Ciudad expresa que por la mayoría absoluta del total de sus miembros (31) la Legislatura dicta su propio Reglamento.

Por consiguiente, el Reglamento de la Legislatura establece el mecanismo que deben seguir los proyectos y la forma de interactuar que tienen tanto los legitimados como aquellos que pueden participar en el procedimiento, a efectos de cumplir con el principio de dar a publicidad los actos de gobierno. Asimismo, el Reglamento nos indica la diversa gama de posibilidades de intervención que tienen las minorías parlamentarias dentro del mecanismo de sanción de las leyes, en cumplimiento de la manda dada por la Constitución de la Ciudad, y en base al estricto cumplimiento de aquello que los mismos legisladores, por mayoría absoluta de sus miembros, han aprobado.

El Reglamento no sólo es una guía ordenadora del trabajo legislativo, por sobre todo debería ser a los legisladores lo que la ley es a los hombres. Es lo que ellos mismos han votado para regirse, y como tal debería ser cumplido.

A continuación procederemos a explicar el procedimiento parlamentario que los legisladores primigenios han diseñado, con las modificaciones introducidas posteriormente, para alcanzar la eficacia en la sanción de los distintos tipos de normas que puede aprobar la Legislatura.

En principio, debemos indicar que el Reglamento no define qué es un proyecto, no obstante lo cual, expresa que se trata de un “asunto” y quiénes tienen la facultad de presentar dicho “asunto”. Estos últimos se encuentran ordenados en el artículo 176, sin que ello signifique preeminencia de uno sobre el otro.

Por consiguiente, un proyecto “es”, según lo dispone el artículo 176:

Todo asunto que promueva un Diputado o una Diputada, el Jefe/a o Vice Jefe/a de Gobierno, el Defensor o la Defensora del Pueblo, las Comunas, el Consejo de Planeamiento Estratégico, el Consejo Económico y Social, o por iniciativa popular...

Los mismos legitimados se encuentran citados en el artículo 242 con referencia al orden que se le debe dar a los proyectos presentados en el Boletín de Asuntos Entrados.

Es decir, el Reglamento de la Legislatura de la CABA ha subsanado la falencia evidenciada en el artículo 85 de la Constitución de la Ciudad al enunciar, en forma incompleta, a los legitimados en la presentación de proyectos.

En cuanto a los tipos de proyectos determinados en la segunda parte del artículo 176, concordante con el artículo 80, inciso 1, de la Constitución de la Ciudad, el Reglamento los ha “definido” en los artículos 177 (de Ley), 178 (de Resolución) y 179 (de Declaración), estableciendo su orden la importancia:

a) Proyecto de Ley (artículo 177): “Debe presentarse en forma de proyecto de ley toda moción o proposición destinada a crear, modificar, sustituir, suspender o abrogar una ley, institución o norma de carácter general”.

b) Proyecto de Resolución (artículo 178):

Debe presentarse en forma de proyecto de resolución toda proposición que tenga por objeto el rechazo de solicitudes de particulares, el otorgamiento de acuerdos, la adopción de medidas relativas a la composición u organización interna del Cuerpo, las reformas a este Reglamento; y en general toda disposición de carácter imperativo que pueda adoptar la Legislatura por sí.

También deben presentarse en forma de proyecto de resolución los pedidos de informes al Poder Ejecutivo, indicando expresamente el plazo dentro del cual debe contestar obligatoriamente, no pudiendo dar a la resolución en este caso el carácter de una manifestación de deseos.

c) Proyectos de Declaración (artículo 179):

Debe presentarse en forma de proyecto de declaración toda proposición destinada a reafirmar las atribuciones de la Legislatura, expresar una opinión del Cuerpo sobre cualquier hecho de carácter público o privado; o a manifestar la voluntad de que el Poder Ejecutivo practique algún acto en tiempo determinado.

En cuanto a los proyectos, el artículo 180 expresa que deben presentarse por escrito y firmados por su autor y coautores, en original con carátula, tres copias y adjuntando soporte magnético, en la Mesa de Entradas de Despacho Parlamentario. Allí se le da entrada y numeración correlativa a partir del 1° de marzo, fecha de inicio del año parlamentario, identificándolos por la letra “D” (Diputados), devolviéndose una copia junto con los datos de la presentación al autor del proyecto como constancia de la presentación. Actualmente, los equipos técnicos de la Legislatura se encuentran trabajando para la

implementación del sistema de presentación *online* con firma digital para los legisladores.

Con respecto al soporte magnético, este se presenta para que se copie fielmente el texto del proyecto, que debe concordar con la presentación efectuada en papel a través de la impresión en “Planilla Legislar” realizada por la Dirección General de Taquígrafos, en donde se identifican cantidad de palabras, caracteres y la fecha de la impresión.

La Resolución N° 5/98 de la Junta de Interpretación y Reglamento (JIR) ha determinado la obligatoriedad de la presentación de la Carátula junto con el proyecto, que detalla, entre otras cosas: tipo de proyecto, autor y coautores, síntesis de la temática planteada y sugerencia de remisión a Comisión o Junta. Cabe aquí acotar que los diputados, posteriormente a su presentación, pueden incorporar firmas al proyecto a través de una nota dirigida al Secretario Parlamentario con la autorización del autor.

El proyecto es publicado en el Boletín de Asuntos Entrados (BAE) y leído por el Secretario Parlamentario en la primera sesión ordinaria siguiente a su publicación, para su aprobación por el Pleno. Se otorga un límite al cierre de aproximadamente 48 horas antes de la sesión, para efectuar un corte en el ingreso de los insumos (actuaciones remitidas por el Poder Ejecutivo, respuestas del Poder Ejecutivo, proyectos, consideraciones de particulares, etc.), conforme al artículo 242.

Con la publicación del Boletín de Asuntos Entrados se cumplen distintas finalidades, de acuerdo a quién sea su receptor, a saber: los autores verifican si se ha dado a las Comisiones o Juntas, por la Secretaría Parlamentaria, los giros solicitados de acuerdo a las competencias obrantes en el Reglamento. Para los demás legisladores, implica la posibilidad de verificar qué temas están presentando el resto de los diputados; para las Comisiones de Asesoramiento Permanente y las Juntas, la publicidad tiene como fin que tomen conocimiento anticipadamente de que les será girada la iniciativa, y para los ciudadanos, en particular, para verificar que los legisladores estén cumpliendo con sus promesas electorales o con la plataforma partidaria con la que han sustentado su campaña, a efectos de realizar su propio control sobre la actividad del legislador, partido político o alianza electoral que han votado.

Por último, la finalidad de la distribución con 24 horas de antelación a que se realice la sesión permite que los diputados puedan deci-

dir individualmente, y luego someter los asuntos al pleno en el recinto, si consideran necesario efectuar un cambio de giro, agregar o eliminar los giros propuestos a otras Comisiones o Juntas.

El artículo 133 determina que es competencia del Presidente de la Legislatura efectuar el giro provisorio a las Comisiones o Juntas, no obstante lo cual, puede delegar esta facultad en el Secretario Parlamentario. Este primer giro se realiza para dar agilidad al trámite antes de llegar el proyecto al recinto. Si bien el artículo no lo consiente, conjugado con la atribución dada al Secretario Parlamentario en el último párrafo del artículo 181, es de práctica que sea este quien efectúe el giro a las Comisiones y Juntas.

El mismo artículo determina, además, que debe girarlo a aquella Comisión o Junta que tenga competencia en el aspecto principal, y en forma adicional a aquellas que surjan claramente del expediente.

Como adelantáramos, la lectura del BAE en el recinto es responsabilidad del Secretario Parlamentario, de esto habla el artículo 94 inciso 1 (obligaciones del Secretario Parlamentario), complementado por los artículos 181 y 241. En cuanto a que el proyecto debe estar a consideración del público, normado en el artículo 182, esto es así fundamentalmente para que la prensa pueda tomar conocimiento de los temas que tienen estado parlamentario y, por consiguiente, proceda a la divulgación de la información que considere de interés a la población de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El Pleno de la Legislatura debería, al aprobar el BAE, determinar hacia qué Comisión o Junta tiene que ser remitido el proyecto. En la práctica, los diputados solicitan y votan el cambio de giro en caso de ser considerado necesario. Es conveniente aclarar que esta sería la última instancia del giro, previa al arribo a la Comisión o Junta ya que, en principio, quien sugiere el giro es el propio autor del proyecto, dejándolo asentado en la Carátula; luego el Secretario Parlamentario establece el giro provisorio, que puede no coincidir con la voluntad del autor, o se solicita el cambio de giro por parte de cualquier diputada, diputado, Comisión o Junta. Asimismo, la Comisión o Junta a la que fue girado puede regresarlo a Secretaría Parlamentaria por considerar que no es competente para tratar sobre el asunto, situación que implicaría un nuevo giro a cargo del Secretario Parlamentario, proba-

blemente a la Junta de Interpretación y Reglamento (JIR), para determinar hacia dónde debe ser finalmente remitido.

Cuando la Legislatura considere que del proyecto no surge claramente la competencia de una Comisión o Junta para entender en él, debe enviarlo a la Junta de Interpretación y Reglamento. Esta puede dictaminar sobre el tema en su esencia asumiendo la responsabilidad de la elaboración del despacho (si correspondiera), o elaborar una resolución en la que considere la competencia de otra Comisión o Junta, procediéndose entonces a remitirlo a esta última.

El debate acerca de la remisión de los proyectos a una o varias Comisiones o Juntas no es de menor trascendencia, ya que si un proyecto es remitido a varias Comisiones para que despachen sobre el tema objeto de la presentación, se hace mucho más difícil su consideración final por el Cuerpo. Esta discusión se realiza técnicamente en la reunión de Secretarios Parlamentarios de los bloques políticos o Prelabor Parlamentaria, que estudiaremos más adelante.

Corresponde considerar brevemente la vigencia de los proyectos. La doble interpretación del 161 bis le ha otorgado finalmente dos años parlamentarios de vigencia a los proyectos de ley, en tanto que un año parlamentario a los de proyectos de declaración y resolución. Es importante sumar a esto que el despacho de la Comisión o Junta le otorga un año más de plazo a la vigencia de la iniciativa parlamentaria.

Esto nos lleva a determinar a qué se denomina “año parlamentario”, concepto que va a regir la vida útil de los proyectos y, por consiguiente, directamente relacionado con las caducidades.

El artículo 74 de la Constitución de la Ciudad establece que “La Legislatura se reúne en sesiones ordinarias desde el primero de marzo al quince de diciembre de cada año”, de manera tal que resulta ser la Ley Fundamental de la Ciudad la que determina cuándo es el inicio del “año parlamentario”, es decir, el 1° de marzo en ocasión del comienzo de las Sesiones Ordinarias. Por otra parte, ello también resulta del deber impuesto al Jefe de Gobierno en el inciso 3 del artículo 105 de la Constitución, al demandarle “Abrir las Sesiones Ordinarias”, fecha trascendente debido a su comparecencia ante el Pleno y su obligación constitucional de “dar cuenta del estado general de la administración”. Esa es, en definitiva, la fecha de inicio del año parlamentario.

Ahora bien, la Constitución nada dice acerca de cuándo finaliza, pero indudablemente debería tratarse del día anterior al inicio del próximo. El Reglamento de la Legislatura en el primer párrafo de su artículo 66 reitera que el período de Sesiones Ordinarias se extiende entre el 1º de marzo y el quince de diciembre, pero en su segundo párrafo determina que “Son sesiones extraordinarias las que se celebren entre el 16 de diciembre y el último día de febrero”. Esa es la norma que regula el final del año parlamentario en cuestión.

No se encuentra definido en el Reglamento qué es una Comisión de Asesoramiento Permanente, sin embargo, a los fines del presente trabajo, entendemos a estas comisiones como los órganos internos de consulta y trabajo de diputados enumerados en el artículo 110 del Reglamento de la Legislatura, cuyas competencias y funciones se encuentran establecidas en forma específica en los artículos respectivos y concordantes a cada Comisión en particular, y cuya tarea principal consiste en asesorar al Cuerpo acerca de los proyectos que les son girados y sometidos a su consideración mediante la elaboración del correspondiente despacho.

El artículo 110 determina cuáles son las Comisiones de Asesoramiento Permanente y los subsiguientes especifican cuáles son sus competencias. No obstante, no se incluye dentro de ellas la Comisión de Labor Parlamentaria, lo cual es un error común a todos los reglamentos parlamentarios. Sobre este tema nos hemos expresado en la presentación que realizáramos en las II Jornadas de Asesores Parlamentarios de Provincias Argentinas, llevadas a cabo en la Provincia de Tucumán en 2012.

La Legislatura cuenta con dos tipos de comisiones: las permanentes y las especiales. Las comisiones permanentes, expresamente determinadas en su Reglamento, son:

a. Comisión Investigadora, enunciada en los artículos 55 y 64. Su competencia se encuentra relacionada con los tipos de sanciones que pueden ser impuestas por el Cuerpo a los diputados. En cuanto a su número de miembros, debe estar integrada por representantes de todos los bloques políticos, cantidad que se corresponde directamente con el momento de su conformación (artículos 63 y 64 del Reglamento), resultando por ello aleatoria, según cuántos bloques se encuentren

informados al Cuerpo y por lo tanto estén oficialmente constituidos al momento de producirse el hecho objeto de investigación.

b. Comisión Investigadora Instructora a los efectos del Juicio Político. Se crea a partir de la directiva establecida en el artículo 94 de la Constitución de la Ciudad. Tiene facultades instructorias y su competencia es a los fines de investigar los hechos sobre los que se funden las acusaciones. Está compuesta por trece miembros surgidos del seno de la Sala Acusadora, nombrados en su primera sesión anual (Capítulo 5, artículo 81 del Reglamento). Cabe aquí recordar que tanto la Sala Acusadora, integrada por cuarenta y cinco miembros, como la Sala Juzgadora, conformada por los quince diputados restantes, surgen del sorteo efectuado en cada renovación parcial de la Legislatura, establecido en el artículo 93 de la Constitución de la Ciudad.

c. Comisiones de Asesoramiento Permanente, enumeradas en el artículo 110 del Reglamento. Es a estas específicamente a las que nos referimos cuando conceptualizamos a las comisiones anteriormente, y serán el objeto del análisis y desarrollo de los contenidos posteriores.

d. Las Juntas. Contrariamente a lo que acontece con el tema de las comisiones, el Reglamento ha considerado el concepto de la “Junta”, quizás por ser algo atípico dentro de los cuerpos colegiados de carácter legislativo en esta parte del continente. Podemos mencionar entonces que

Se denomina Junta a la reunión de diputadas y diputados que actúan por delegación del cuerpo con la finalidad de considerar, gestionar y resolver asuntos de naturaleza no legislativa mencionados en el artículo 175 y los expresamente delegados.

En cuanto a su constitución, era inferior el número de sus integrantes al de las Comisiones, aunque con la reforma introducida por la Resolución N° 230/00 se han equiparado a la mayoría de estas últimas.

Son permanentes pero tienen la facultad de reunirse cuando los miembros así lo consideren necesario, sin imposición de número de reuniones mensuales, si bien debe ajustarse su funcionamiento supletoriamente a lo determinado para las Comisiones.

La primera reforma al Reglamento ha dejado en claro una materia que era objeto de algunas discusiones que las Juntas pueden elaborar despacho, al igual que las Comisiones, y por consiguiente, tener su

mismo tratamiento según lo expresado en el Reglamento, además de proceder a efectuar resoluciones.

e. Comisión de Labor Parlamentaria, prevista en los artículos 106 a 108 del Reglamento. Si bien no podremos analizar completamente la naturaleza de esta Comisión Permanente dada la extensión del trabajo, adelantaremos que se trata, en principio, de la reunión de los presidentes de los distintos bloques políticos y/o diputados que los representen, coordinada por el Vicepresidente 1º de la Legislatura, que se lleva a cabo con la finalidad de planificar y decidir sobre el orden y funcionamiento parlamentario de la Legislatura en las distintas sesiones que se lleven a cabo durante el año parlamentario. Allí cada presidente de bloque expresa las posiciones de los diputados integrantes de sus respectivos espacios políticos en los temas llevados al seno de la Comisión.

f. La Legislatura en Comisión. Es una Comisión Permanente de la Legislatura con particulares características distintivas. El legislador originario no ha dado el concepto de “Legislatura en Comisión”, se limitó a brindarnos su “objeto” en el artículo 211 del Reglamento de la Legislatura, al expresar que

La Legislatura debe constituirse en Comisión para considerar en calidad de tal los asuntos que estime convenientes, tengan o no Despacho de Comisión, con el objeto de conferenciar e ilustrarse preliminarmente sobre la materia.

Este concepto de “objeto” debe completarse con el que, según nuestro entender, se encuentra erróneamente ubicado en el artículo 200 del Reglamento ya que su inciso b, al referirse al tratamiento de las preferencias sin despacho, expresa sobre las mayorías necesarias que requieren las Mociones de Preferencias que

b) Si el proyecto no cuenta con Despacho de Comisión, o este no ha sido publicado, o habiendo sido publicado no se ha cumplido el plazo especial para observación previsto por este Reglamento, son necesarios dos tercios de los miembros presentes para su consideración, constituyéndose la Legislatura en Comisión, previa moción de orden de un diputado (modificado por Resolución N° 639/998).

Por consiguiente, en principio y de acuerdo con este artículo, la Legislatura en Comisión se puede reunir a efectos de considerar el asunto sometido a debate en virtud de darse dos posibilidades: cuando no hay

Despacho de Comisión, y cuando habiendo Despacho de Comisión firmado y publicado se encuentra todavía en el período de observaciones.

Si bien ese artículo data del Reglamento original, actualmente el objeto específico de la Legislatura en Comisión es darle a un tema (expediente o expedientes) las prerrogativas necesarias para su tratamiento por el Pleno en el Recinto de Sesiones, en virtud de no tener despacho, de acuerdo a las formalidades requeridas por el Reglamento de la Legislatura.

A continuación incluimos un cuadro comparativo entre las características principales de las Comisiones de Asesoramiento Permanente del artículo 110 y las Juntas:

Características	Comisiones	Juntas
Objeto principal	Asesorar mediante la elaboración del correspondiente Despacho de Comisión sobre los proyectos que le han sido girados por el Cuerpo. Tratan temas de naturaleza legislativa.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Actúan por delegación del Cuerpo con la finalidad de tratar temas de naturaleza no legislativa contemplados en el artículo 175 del Reglamento o aquellos que le son expresamente delegados. 2. Asesorar mediante la elaboración del correspondiente Despacho de Comisión sobre los proyectos que le han sido girados por el Cuerpo.
Autoridad que convoca	Presidente o Vicepresidente [en ausencia del Presidente] de la Comisión.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Presidente de la Legislatura. 2. Presidente de la Junta. 3. A pedido de un cuarto de sus integrantes.
Reuniones	Pueden reunirse solas, con otras Comisiones Permanentes, o con las Juntas.	Pueden reunirse solas, mas el artículo 174 establece que la reunión con las Comisiones Permanentes es en carácter de "plenario".

Características	Comisiones	Juntas
Periodicidad de las reuniones	Pueden reunirse cada una o dos semanas.	Cada vez que sea necesario.
Cantidad de miembros y duración	Cantidad: varía de 7 a 23 miembros, de acuerdo a lo establecido en el artículo 132 del Reglamento. Duración: de acuerdo a lo determinado en los artículos 141 y 142.	Nueve, según el artículo 175 del Reglamento. Duración: el Reglamento determina que, supletoriamente, su funcionamiento y organización debe ajustarse a lo previsto en el Capítulo 1 [De las Comisiones], incluido en el Título X [De las Comisiones y Juntas].

Seguidamente, expondremos un cuadro parcial con algunas de las Comisiones de Asesoramiento Permanente, relacionadas con su correspondiente artículo de la Constitución de la Ciudad:

COMISIÓN AUTORIDADES MIEMBROS	ARTÍCULO DEL REGLAMENTO: COMPETENCIA	ARTÍCULO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CABA RELACIONADO CON LAS COMPETENCIAS
<p>10. Cultura.</p> <p>Autoridades: Presidente Vicepresidente 1º Vicepresidente 2º</p> <p>Miembros: 13</p>	<p>ARTÍCULO 119: Cultura. Compete a la Comisión de Cultura dictaminar sobre todo asunto o proyecto vinculado a lo determinado por el artículo 32 de la Constitución de la Ciudad, la actividad teatral y museológica, la nomenclatura urbana, la instalación de monumentos y obras de arte, las orquestas y cuerpos de baile, los cultos religiosos, las comunidades, el Planetario, el Instituto Histórico, los</p>	<p>ARTÍCULO 32. La Ciudad distingue y promueve todas las actividades creadoras. Garantiza la democracia cultural; asegura la libre expresión artística y prohíbe toda censura; facilita el acceso a los bienes culturales; fomenta el desarrollo de las industrias culturales del país; propicia el intercambio; ejerce la defensa activa del idioma nacional; crea y preserva espacios; propicia la superación de las barreras comunicacionales; impulsa</p>

COMISIÓN AUTORIDADES MIEMBROS	ARTÍCULO DEL REGLAMENTO: COMPETENCIA	ARTÍCULO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CABA RELACIONADO CON LAS COMPETENCIAS
	centros culturales y de divulgación, y la preservación del patrimonio histórico-cultural y del archivo de la Legislatura [modificado por Resolución N° 716/2005].	la formación artística y artesanal; promueve la capacitación profesional de los agentes culturales; procura la calidad y jerarquía de las producciones artísticas e incentiva la actividad de los artistas nacionales; protege y difunde las manifestaciones de la cultura popular; contempla la participación de los creadores y trabajadores y sus entidades en el diseño y la evaluación de las políticas; protege y difunde su identidad pluralista y multiétnica y sus tradiciones. Esta Constitución garantiza la preservación, recuperación y difusión del patrimonio cultural, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad, la memoria y la historia de la ciudad y sus barrios.
<p>11. Comunicación Social.</p> <p>Autoridades: Presidente Vicepresidente 1°</p> <p>Miembros: 7</p>	<p>ARTÍCULO 119 bis: Comunicación Social.</p> <p>Compete a la Comisión de Comunicación Social dictaminar sobre todo asunto o proyecto vinculado a la difusión de las políticas públicas, la radio de la Ciudad y la señal de cable "Ciudad Abierta", las bibliotecas, la promoción del libro y la lectura y las</p>	

COMISIÓN AUTORIDADES MIEMBROS	ARTÍCULO DEL REGLAMENTO: COMPETENCIA	ARTÍCULO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CABA RELACIONADO CON LAS COMPETENCIAS
	industrias culturales relacionadas con la comunicación. [Incorporado por Resolución N° 716/2005].	
<p>20. Protección y Uso del Espacio Público.</p> <p>Autoridades: Presidente Vicepresidente 1°</p> <p>Miembros: 9</p>	<p>ARTÍCULO 128: Protección y Uso del Espacio Público. Compete a la Comisión de Protección y Uso del Espacio Público dictaminar sobre todo asunto o proyecto vinculado con el Código de Publicidad, la preservación y utilización del espacio público, el equipamiento urbano, y lo determinado por los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 27 de la Constitución de la Ciudad. [Modificado por Resolución N° 230/00. Fe de erratas Resolución JIR 2/00].</p>	<p>ARTÍCULO 27. La Ciudad desarrolla en forma indelegable una política de planeamiento y gestión del ambiente urbano integrada a las políticas de desarrollo económico, social y cultural, que contemple su inserción en el área metropolitana. Instrumenta un proceso de ordenamiento territorial y ambiental participativo y permanente que promueve: [incisos pertinentes]</p> <p>2. La preservación y restauración del patrimonio natural, urbanístico, arquitectónico y de la calidad visual y sonora.</p> <p>3. La protección e incremento de los espacios públicos de acceso libre y gratuito, en particular la recuperación de las áreas costeras, y garantiza su uso común.</p> <p>4. La preservación e incremento de los espacios verdes, las áreas forestadas y parquizadas, parques naturales y zonas de reserva ecológica, y la preservación de su diversidad biológica.</p>

COMISIÓN AUTORIDADES MIEMBROS	ARTÍCULO DEL REGLAMENTO: COMPETENCIA	ARTÍCULO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CABA RELACIONADO CON LAS COMPETENCIAS
		8. La provisión de los equipamientos comunitarios y de las infraestructuras de servicios según criterios de equidad social.
<p>21. Vivienda.</p> <p>Autoridades: Presidente Vicepresidente 1º Vicepresidente 2º</p> <p>Miembros: 13</p>	<p>ARTÍCULO 130: Vivienda. Compete a la Comisión de Vivienda el tratamiento de todo lo relacionado con el artículo 31 de la Constitución de la Ciudad, inquilinatos y alojamientos no turísticos, seguridad en las construcciones.</p>	<p>ARTÍCULO 31. La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 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. 2. 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. 3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.

Las Comisiones Especiales

Son votadas por el Cuerpo a partir de la Constitución de la Legislatura, aunque algunas de ellas provienen de Ordenanzas que se encuentran vigentes a la fecha. Pueden ser aprobadas través de Leyes o Resoluciones y tratan temas de diversa índole. Todas están integradas básicamente por diputados, aunque otras son mixtas, conformándose también representantes de distintos estamentos, órganos políticos, vecinos y asociaciones. Por tener una muy amplia variedad incluiremos algunas a continuación a modo de ejemplo, que oportunamente fueron votadas por la Legislatura.

Norma	Integración	Tema principal	Observaciones
Ley N° 35 Modificada por Ley N° 911 1998	Seis diputados, incluyendo a los Presidentes de Cultura, Desarrollo Económico, Turismo y Deportes. Comisión mixta.	Comisión de Protección de Cafés, Bares y Confeiterías	El Poder Ejecutivo designa: cuatro representantes del Poder Ejecutivo, incluyendo Secretario de Cultura y Director de Turismo, un representante del Área de Protección Histórica, un representante de la Comisión de Preservación del Patrimonio y tres representantes de organizaciones empresariales.
Ley N° 46 Decreto N° 217 - VP 1998	Vicepresidente 1° y once diputados en representación proporcional de los bloques. Comisión mixta.	Comisión de Pro-Monumento a las Víctimas del Terrorismo de Estado	El Poder Ejecutivo designa: cuatro representantes del Poder Ejecutivo, un representante de la UBA y diez representantes de organismos de derechos humanos.

Norma	Integración	Tema principal	Observaciones
Ley N° 71 modificada por Ley N° 742 1998	A propuesta de la Legislatura, doce miembros [no diputados]. Comisión mixta.	Formulación y actualización del Plan Urbano Ambiental	Jefe de Gobierno. Secretario de Planeamiento Urbano y Medio Ambiente. Cinco técnicos designados por el Poder Ejecutivo. Nueve técnicos designados por la Legislatura. Cinco Subsecretarios de Planeamiento Urbano, Medio Ambiente, Obras Públicas, Transporte y Tránsito y Hacienda.
Ley N° 83 [Ordenanza N° 48725] 1998	Comisión mixta.	Comisión Permanente de Nomenclatura Urbana	Un representante de la Comisión de Cultura. Un representante del Instituto Histórico de la Ciudad. Un representante de la Dirección General de Espacios Verdes. Un representante de la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastros.
Ley N° 114 1998	Comisión mixta.	Protección integral derechos de niños/as y adolescentes	Ver artículo 49. La Legislatura designa cinco profesionales especializados en la temática, en representación proporcional de los bloques.
Ley N° 166, Ley Nacional N° 23514 [A.D. 311.24] 1999	Siete diputados y tres miembros del Poder Ejecutivo.	Comisión Fiscalizadora del Fondo Permanente para la Ampliación de la Red de Subterráneos	Representación proporcional de los bloques.

Norma	Integración	Tema principal	Observaciones
Ley N° 324 1999	Comisión mixta.	Programa Recuperación Traza Ex AU 3	Diputados Comisión de Vivienda, Vecinos y Beneficiarios.
Ley N° 403 modificada por leyes N° 553, N° 635, N° 766 y N° 960 2000	Comisión mixta.	Creación Programa de Planeamiento y Gestión Participativo de la Villa N° 1-11-14	Un diputado en representación de los bloques que integren las Comisiones de Vivienda y Planeamiento Urbano; un representante de la Comisión Municipal de la Vivienda; tres representantes del Poder Ejecutivo: uno de la Secretaría de Planeamiento Urbano, uno de la Secretaría de Obras y Servicios Públicos, y uno de la Secretaría de Promoción Social; un representante del Consejo del Plan Urbano Ambiental; y cinco delegados vecinales de la Villa.
Ley N° 448 2000	Comisión mixta.	Salud Mental	Trabajadores del subsector estatal; asociaciones de asistidos y familiares; asociaciones sindicales; institutos de formación; instituciones académicas; asociaciones profesionales y dos representantes de la Legislatura.

Norma	Integración	Tema principal	Observaciones
Ley N° 459 2000	Comisión mixta.	Programa de Rehabilitación del Conjunto Habitacional "Colonia Sola"	Representantes de la Asociación Barrio "Colonia Sola", representantes de la Comisión Municipal de la Vivienda y representantes de la Legislatura.
Ley N° 623 2001	Comisión mixta.	Escrituración del Complejo Habitacional Soldati	Cinco vecinos, dos funcionarios de la Comisión Municipal de la Vivienda y diputados de la Comisión de la Vivienda.

Las Comisiones de Asesoramiento Permanente

Número de miembros. La reforma del Reglamento efectuada mediante la Resolución N° 230/00, de fecha 28 de julio de 2000, fue la primera en introducir una modificación a la cantidad de los miembros de las Comisiones establecidas en el artículo 132, determinando, en base a la cantidad de integrantes, un orden que resultaba lógico de acuerdo a la importancia de cada una y mejorando lo establecido en el Reglamento original.

Luego de ello se han producido reformas parciales al Reglamento y casi todas ellas en oportunidad de una nueva constitución de la Legislatura, modificando la cantidad de los miembros de cada Comisión, desvirtuándose lo hasta allí logrado, por lo que, continuando con esta tendencia de política legislativa, podemos decir que se trata del artículo más modificado de la historia de la Legislatura y, sin duda alguna, la herramienta más idónea para adecuarse a los avatares de las realidades y necesidades políticas a efectos de lograr los consensos necesarios de los Bloques Parlamentarios que integran e integren las próximas conformaciones de la Legislatura.

Actualmente, las Comisiones de Asesoramiento Permanente están integradas por un número que varía entre 7 y 23 miembros.

Del artículo 26 del Reglamento surge que los legisladores integrantes de las Comisiones y Juntas son nombrados en la sesión preparatoria, y este mandato se completa al expresar el artículo 139 que “las Comisiones y Juntas deben instalarse inmediatamente de nombradas”.

De cumplirse lo expresado en estos dos artículos del Reglamento surgiría erróneamente la obligatoriedad, de casi imposible cumplimiento, de que aun antes de haber asumido la nueva Legislatura, las “nuevas Comisiones y Juntas” deberían estar listas para funcionar; pero efectivamente sus miembros son acordados en reuniones de la Comisión de Labor Parlamentaria, a propuesta de los bloques políticos, una vez que la nueva composición de la Legislatura se encuentra en pleno funcionamiento.

La conformación de una Comisión o Junta requiere de un mecanismo con dos pasos bien diferenciados, y ambos implican pujas por posicionamientos, tanto personales como colectivos o, simplemente, por el reconocimiento de las capacidades y trayectoria de los legisladores, a saber:

a. Dentro del bloque político

Cada legislador electo solicita a su bloque participar en determinadas Comisiones o Juntas (normalmente de cuatro a seis) en virtud de sus antecedentes, capacidades, aspiraciones o necesidad de proyección política.

En los bloques ya constituidos esto debe llegar a representar la formalización de un doble acuerdo: primero, por el necesario reconocimiento a la experiencia de aquellos que ya son Presidentes o Vicepresidentes de Comisiones, o que, por estar en funciones o ser autoridades de bloque, tienen aquilatada experiencia en el manejo de una Comisión; segundo, por la natural superposición de preferencias de los legisladores por participar de determinada Comisión o Junta, que deberá ser considerada a los fines de no provocar los primeros resquemores dentro del bloque.

Sin embargo, en los nuevos bloques que se constituyen tampoco resulta fácil arribar a un acuerdo, puesto que también se deben ponderar las siguientes situaciones personales: 1. Posicionamiento en la lista de candidatos; 2. Antecedentes parlamentarios del legislador; 3. Cargos que ha desempeñado, afines a la temática de la Comisión, 4. Capacidad

para llevar adelante la gestión de la Comisión, 5. Capacidad de negociación, etc. Logrado este primer acuerdo, intrabloque político, pasamos a analizar el segundo, o extrabloque.

b. Dentro de la Legislatura

Esto tiene que ver con la cantidad de legisladores que posee el bloque, ya sea que se origine a partir de la nueva conformación, o su ampliación o disminución, si es que viene de la anterior composición. A ello debe agregarse que todas las Comisiones y Juntas no tienen la misma “importancia” según nuestra apreciación. No es lo mismo el “prestigio” de las Comisiones de Asuntos Constitucionales, Presupuesto, Legislación General, o las Juntas, que otras de supuestamente “menor trascendencia” política. O las de Vivienda, Salud, y Educación, con un alto grado de exposición por ser ámbitos en los que constantemente se presentan proyectos y ventilan conflictos de diversa índole, sobre temas que tienen relación directa con las necesidades básicas de los seres humanos. Por consiguiente, tienen la presión extra de que a sus reuniones concurren los propios interesados para acompañar los proyectos presentados o reclamar para que se los tenga en cuenta a los fines de orientar determinada política a implementar en la futura legislación, todavía en pleno proceso en discusión.

También se debe considerar que, para la política a desplegar por el bloque, alguna comisión no tenida en cuenta en su anterior composición puede resultar primordial para el posicionamiento como cabecera de los proyectos, con los cuales se intentará desarrollar, por ejemplo, lo expuesto por sus candidatos en su campaña electoral o lo expresamente determinado como mandato en la plataforma política partidaria.

Siendo veinticuatro Comisiones y dos Juntas, el procedimiento de “reparto” de las Comisiones parecería ser sencillo, es decir, deberíamos tomar la cifra de sesenta legisladores y dividirla por veintiséis presidencias: esto nos da dos o más legisladores requeridos, integrantes de un bloque, para que este se haga acreedor a una presidencia. El número, por supuesto, no resulta exacto. Nada es exacto cuando hay de por medio seres humanos, y menos aún cuando se trata de acuerdos políticos.

Pero hay que considerar, a los fines del cálculo, que los bloques unipersonales no han tenido, excepto en una oportunidad, posibilidades de acceder a una presidencia de Comisión, por lo tanto se descuentan

a los efectos de la “sencilla” fórmula antes indicada. En algunas escasas ocasiones los bloques de dos integrantes han obtenido una presidencia, pero en la mayoría de los casos resultan ser también desplazados de los acuerdos.

Cabe señalar, como caso paradigmático, que en ocasión de una nueva conformación de la Legislatura, un bloque político con ocho integrantes solicitó, y por supuesto le fue concedido por los otros de muy buen agrado, solamente la presidencia de una Comisión, la de Derechos Humanos. Es de suponer que para este bloque primó el posicionamiento sobre una determinada materia pero, verdaderamente, la práctica demostró que los otros bloques resultaron favorecidos con dos presidencias más de Comisiones.

Las autoridades de bloque, Presidente y Vicepresidentes, no ocupan lugares como Presidente de Comisiones y Juntas, puesto que su tarea está orientada a otras cuestiones de índole eminentemente política que requieren de su máxima atención.

Las presidencias de las Comisiones y Juntas son, por lo anteriormente expuesto, determinadas mediante un difícil y arduo acuerdo político por los representantes de los bloques políticos de las primeras minorías parlamentarias, que integran a aquellas los bloques de uno y dos miembros.

Cabe aquí destacar que el Reglamento expresa en el artículo 136 que la designación de los diputados de las Comisiones de Asesoramiento Permanente y las Juntas y sus autoridades debe hacerse, en lo posible, respetando la proporción del sector político representado en el seno de la Legislatura y la diversidad de género.

El buen resultado de la negociación, tanto en la primera (bloque) como en la segunda etapa (Legislatura), provendrá de la capacidad y habilidad negociadora que tenga el Presidente del bloque que llevará adelante los acuerdos, o quien el bloque designe para ello y, demás está decir, de quien se encuentre en las funciones de Vicepresidente Primero de la Legislatura.

La conformación de la Mesa Directiva de la Comisión tiene a su cargo la “conducción de la Comisión” y se encuentra normada en el artículo 139 del Reglamento. Este es claro en cuanto a que resultan ser autoridades “normales” de las Comisiones el Presidente y el Vicepresidente primero, no obstante ello, el problema se suscita por el

agregado de “cuando correspondiera”, introducido por la reforma del Reglamento llevada a cabo por Resolución N° 230/2000, en referencia a la designación del Vicepresidente Segundo en determinadas Comisiones que el artículo no menciona.

El tema no es menor, puesto que si entendemos a las Comisiones y Juntas como órganos de trabajo interno en donde se encuentran representados los bloques parlamentarios, al tratarse de una Mesa Directiva de dos integrantes, requerirá tan sólo el acuerdo de dos bloques para la realización de determinados “trámites”. Un ejemplo trascendente es la organización de la Agenda de la Comisión, en la que se va diagramando la actividad legislativa, en base a los proyectos que se encuentran en tratamiento a lo largo del año parlamentario; o el requerimiento de informes o antecedentes necesarios para elaborar un despacho, pudiendo dilatarse el tratamiento de algunos proyectos en virtud de requerimientos sucesivos a distintos órganos, y no simultáneos, que redundarían en una pérdida de tiempo innecesaria para los intereses del autor o los autores de las iniciativas, etc.

En definitiva, no es lo mismo que tres bloques se pongan de acuerdo para llevar adelante una Agenda de Comisión, a que lo hagan dos.

En verdad, la conformación de la Mesa Directiva es una suerte de “control” no hacia la figura del Presidente sino hacia el Director General de la Comisión, designado a propuesta del Presidente, que es quien está siempre al tanto de los proyectos girados a aquella, bajo las directivas impartidas por el Presidente de la Comisión.

Finalmente, la conformación de las Comisiones de Asesoramiento Permanente y las Juntas es asignada, luego de un acuerdo político de los bloques, a través de un Decreto de Vicepresidencia 1° de la Legislatura, quien tiene un rol preponderante dado anualmente a través de resoluciones votadas por el cuerpo.

Con respecto a la elección formal de las autoridades, esta se realiza en la constitución de la Comisión, pero como expresamos, las mismas ya han surgido del acuerdo previo de las distintas fuerzas políticas que conforman la Legislatura, las cuales han determinado previamente a qué sector le corresponde la presidencia de cada Comisión o Junta. Por lo tanto, en la reunión constitutiva de la Comisión, un diputado, generalmente del mismo bloque al que han decidido que le corresponde la

presidencia, efectúa formalmente la propuesta y la pone a consideración del resto de los miembros presentes, que la aceptan.

En cuanto a la duración de sus miembros, como hemos expresado al inicio del presente trabajo, tanto en la primera Legislatura como en su segunda composición, se dieron dos situaciones no contempladas ni en la Constitución de la Ciudad ni en el Reglamento: al tener el mandato de todos los legisladores una duración de algo más de tres años, y no completar el mandato previsto constitucionalmente de cuatro años, no se produjo la renovación parcial, también materia constitucional, del Cuerpo por mitades, y no se produjo tampoco la modificación de los mandatos dados a los Presidentes de las Comisiones y Juntas.

Estas directrices se encuentran estipuladas en el tercer párrafo del artículo 69 de la Constitución de la Ciudad, por consiguiente, no se dio tampoco cumplimiento a lo establecido en el artículo 141 del Reglamento.

Recién en oportunidad de producirse el sorteo para determinar qué diputados de la tercera conformación de la Legislatura durarían en su mandato dos años y cuáles cuatro, considerándose ambos casos como un período completo, se dio cumplimiento a la mencionada norma reglamentaria, que dispone que los diputados duran un período de dos años en sus funciones como miembros de las Comisiones y Juntas, ya que en las dos primeras composiciones prácticamente no se efectuaron cambios de integrantes ni de autoridades.

Las Comisiones Permanentes y las Juntas son las que deben producir el despacho en el que se vuelca el análisis y tratamiento que se le ha dado al proyecto original en reuniones de asesores y diputados. Se debe elaborar, dentro de los primeros ciento veinte días de recibido, en principio, un único despacho, que agrupa a todos los proyectos que versan sobre un determinado tema. Este plazo puede ampliarse por otro similar, debiéndose dejar ello sentado en el Acta de la Reunión respectiva del Libro de Actas de la Comisión o Junta.

El plazo que menciona el artículo 157 se debe conjugar con lo enunciado en el artículo 152 reformado, que determina como fecha máxima para despachar, dentro del año calendario, el 5 de diciembre, salvo Resolución al respecto del Cuerpo.

Es interesante destacar que se ha establecido la facultad de la Mesa Directiva para ampliar el período de actividades de la Comisión o Junta por iniciativa propia y hasta para emitir despacho sobre el tema

tratado, debiéndose exceptuar los asuntos incluidos en el temario de extraordinarias. Se da en este caso, y en virtud de la forma en que se encuentra redactado el artículo, una extraña suerte de facultad concurrente, porque por un lado, para que todas las Comisiones o Juntas puedan continuar despachando, es necesaria una “Resolución expresa de la Legislatura”, en tanto que cada Comisión o Junta puede decidirlo individualmente a través de su Mesa Directiva.

El autor del proyecto no deja de tener injerencia en él a partir de su presentación en la Mesa de Entradas, la realidad nos muestra que puede concurrir a la Comisión o Junta para defenderlo (artículo 138), solicitar el giro a otra Comisión o Junta (artículo 161), o inclusive llegar a peticionar a la Legislatura su retiro, cuando esta lo esté considerando (artículo 185). También el autor puede participar en la reunión de la Comisión de Labor Parlamentaria (artículo 106) y, de acuerdo a lo normado en los artículos 233 y 208, puede defender su proyecto en el recinto.

Cuando no exista acuerdo entre los integrantes de la Comisión o Junta, se puede elaborar Despachos de Mayoría y Minoría. El artículo 167 no da cabida, en principio, a más de un Despacho de Minoría, sin embargo, es de práctica en la Legislatura que los diputados efectúen varios Despachos de Minoría.

Debemos preguntarnos entonces qué ocurre en el recinto con el tratamiento de estos despachos. Como corresponde, primero se debe poner en consideración el Despacho de la Mayoría, y en caso de no ser aceptado en la votación por el pleno, entraría en consideración el Despacho de Minoría. ¿Qué ocurre si este tampoco es aceptado? ¿Deberíamos pasar a considerar el Despacho de la “Segunda Minoría”? Objetivamente, si la mayoría y la primera minoría no consiguen consenso para sancionar sus despachos, difícilmente pueda llegar a ser considerado un despacho de “otra” minoría. No obstante ello, en una ocasión se dio al aprobar una ley que requería de treinta y un votos, que debió aprobarse el Despacho de la Segunda Minoría de sólo dos votos y posteriormente hacerle las modificaciones correspondientes.

En los hechos, la mayoría tiene la ventaja no menor de que el miembro informante, al defender el despacho, goza de la prerrogativa de hacer uso de la palabra para replicar cada observación formulada en el recinto (artículo 208).

Con respecto al quórum que debe lograrse para el funcionamiento de las Comisiones y Juntas, el artículo 144 del Reglamento, modificado por la Resolución N° 523/99, determina que el quórum para sesionar en las Comisiones o Juntas, al igual que para el pleno, es de más de la mitad de sus miembros (mayoría absoluta). Transcurrida media hora de la establecida para la convocatoria, las Comisiones y Juntas pueden considerar y despachar los asuntos incluidos en el temario correspondiente, siempre que se encuentre por lo menos la tercera parte de sus miembros, debiéndose dejar constancia en el despacho correspondiente, así como en el acta. Asimismo, si fracasa una reunión por falta de quórum, encontrándose en tratamiento el mismo temario, en próximas reuniones puede este considerarse por los miembros concurrentes a la reunión y proceder la Comisión o Junta a efectuar el despacho. En estos dos casos se denomina “Despacho en Minoría”, y debe dejarse ello asentado, tanto en el despacho como en el acta correspondiente (artículo 145).

Se configura con este artículo, y ha sido utilizada felizmente en varias oportunidades, una de las herramientas más importantes que tienen los bloques minoritarios, ya que en oportunidad de ponerse en tratamiento por tercera vez un tema en la Reunión de Comisión o Junta, los diputados presentes (es decir dos) pueden llegar a despachar.

En el despacho de la Junta de Interpretación y Reglamento (JIR) que luego se transformó en la Resolución del Cuerpo N° 523/99, se planteaba la eliminación del artículo 168 sobre la obligatoriedad de la realización de un informe técnico, en virtud de que, además de no cumplirse, se torna en la mayoría de los casos absolutamente innecesaria su confección, sin embargo, previo a la votación se decidió mantenerlo. Es así que, en la práctica, las Comisiones y las Juntas adoptan los fundamentos del proyecto en los considerandos del despacho, como una suerte de informe técnico, si es que no lo han pedido a otro organismo o se ha elaborado en base a distintos proyectos sobre la misma temática.

En lo formal, el despacho escrito representa la voluntad consensuada de los firmantes, pero como ya adelantáramos, pueden ser también redactados uno o varios Despachos de Minoría. En cuanto a su firma, el Reglamento determina que debe efectuarse en la sala (artículo 163), pudiendo hacerlo aquellos miembros que se encuentren presentes en

la reunión en que ha sido aprobado. No se ha dado el supuesto del párrafo final, que expresa que también pueden hacerlo aquellos miembros que hayan concurrido a la mayor parte de las reuniones en que se los haya considerado, cuando estas fuesen más de dos.

La incorporación del 154 bis (Resolución N° 523/99) ha completado el sentido del 154, ya que cuando uno o varios expedientes que traten sobre el mismo tema sean girados a una o varias Comisiones o Juntas, se elabora un único despacho que contiene la enunciación y el estudio de todos los proyectos.

Corresponde al Secretario Parlamentario la obligación de hacer imprimir los despachos, que son numerados correlativamente de acuerdo a cómo son presentados en la Mesa de Entradas de Despacho Parlamentario. Su presentación debe hacerse por original y dos copias (quedando una como constancia de la recepción a la Comisión o Junta) y en soporte magnético.

En cuanto a las observaciones a los despachos de las Comisiones o Juntas, la Resolución N° 13/98 de la JIR establece normas que procedemos a enunciar: presentación por escrito, leyenda “observaciones al despacho” y su identificación, firma y aclaración de las diputadas y los diputados que lo suscriben, copias y soporte magnético, el plazo de presentación vence a las 18 horas del séptimo día hábil posterior a la fecha de publicación del despacho, se debe determinar con precisión cuál es el punto en discusión, la redacción alternativa y la fundamentación de la disidencia, pueden aceptarse desacuerdos totales con el despacho suscripto, y finalmente no pueden presentar observaciones las diputadas y los diputados integrantes de la Comisión o Junta que efectúa el despacho, excepto que al momento de la suscripción se encontraren con licencia o inasistencia justificada.

Definimos las observaciones como sigue:

Escrito de carácter legislativo revestido de las formalidades correspondientes, elaborado por un Diputado o Diputados, generalmente, con la finalidad de contribuir a mejorar la calidad de la tarea realizada por las Comisiones y Juntas expresada en el Despacho, fijando una posición distinta a la despachada, presentado en tiempo y en forma ante la oficina pertinente de la Secretaría Parlamentaria, que se incorpora al Despacho que lo origina, luego de su correspondiente publicación, para su tratamiento conjunto en el Recinto de Sesiones.

Con la reforma al Reglamento (Resolución N° 523/99) se ha establecido la caducidad de los proyectos, coherentemente con lo que sucede en el orden legislativo nacional y provincial.

Finalmente, previo a la consideración del tratamiento en el recinto de sesiones, debemos hacer una consideración particular sobre el Instituto de Prelabor Parlamentaria, introducido en la gran reforma del Reglamento que se llevó a cabo en 2002 a través de la Resolución N° 187.

Prelabor Parlamentaria es la reunión de los Secretarios Parlamentarios de todos los bloques políticos presidida por el Secretario Parlamentario de la Legislatura, quien a su vez se encuentra asistido por personal técnico especializado. Se efectúa generalmente el día antes de la reunión de Labor Parlamentaria, de manera tal que entre ambas se produce la reunión de cada bloque político. Su tarea fundamental consiste en depurar y ordenar el temario para la reunión de la Comisión de Labor Parlamentaria. Entre otras cosas, se anticipan los pedidos de preferencias y sobre tablas, se debaten sobre los cambios de giros solicitados y se ordenan los despachos que están para consideración de Labor y del Cuerpo.

Es un instituto de carácter técnico muy rico y su tarea muy importante, puesto que en decenas de oportunidades se ha llegado a la sesión solamente con el informe que produce Prelabor Parlamentaria, no habiendo inconveniente alguno en su posterior desarrollo.

En cuanto a Labor Parlamentaria, el artículo 106 del Reglamento determina su integración: Presidente de la Legislatura, Vicepresidente 1°: quien tiene a su cargo la convocatoria, coordinación de la reunión y el deber de informar del temario a tratar por el Cuerpo al Presidente, en caso de su ausencia a Labor, Vicepresidentes 2° y 3°, Presidente o Vicepresidente de cada bloque político (o su reemplazante). No la integran pero pueden tener voz todos los diputados que tengan proyectos presentados sobre el tema en discusión.

Sus reuniones, de acuerdo a lo normado en el artículo 107 del Reglamento, serán por lo menos una vez por semana durante el período de sesiones ordinarias. Fuera de ellas, cuando el Vicepresidente 1° de la Legislatura las convoque. En la práctica han sido muchas las veces en que Labor se ha reunido horas antes de la realización de la sesión.

Acordado el Plan de Labor por la Comisión de Labor Parlamentaria, se produce su publicación a efectos de que todos los legislado-

res, Comisiones de Asesoramiento Permanente y los interesados en general tengan conocimiento acerca de cuáles son los temas que se debatirán en la sesión.

Cabe acotar aquí que además de los despachos comunes que hayan finalizado su período de observaciones, los proyectos se pueden tratar en el recinto de sesiones de acuerdo a los siguientes mecanismos:

a. Preferencias con despacho

El pedido de preferencia es una solicitud del cuerpo a la o las Comisiones de Asesoramiento Permanente o las Juntas, para la inclusión del tema en el temario de la Comisión, sin importar con ello la obligación de despachar.

Cuando se pida preferencia para el tratamiento de un proyecto y existan otras iniciativas de la misma naturaleza referidas al mismo asunto, su otorgamiento implica idéntico tratamiento para los restantes proyectos vinculados al tema. Si existen varias preferencias despachadas para una misma sesión, estas deben tratarse una a continuación de la otra, y de acuerdo al orden en que fueron votadas. La preferencia caduca si el asunto no se trata en la sesión para la que fue acordada, o por si cualquier causa esta no se celebra.

La publicación de las preferencias despachadas por las Comisiones se realiza el viernes anterior a la sesión para la cual ha sido solicitada, y por un período de observación de cinco días corridos, es decir, finaliza el período de observaciones el miércoles a las 14 horas, antes de la reunión de Labor Parlamentaria.

b. Mociones sobre tablas

Con respecto a las mociones de tratamiento sobre tablas, el Reglamento determina que es “toda proposición que tenga por objeto considerar inmediatamente un asunto, con o sin Despacho de Comisión o de Junta”. Las mociones sobre tablas pueden ser formuladas por los diputados en el recinto de sesiones, no obstante lo cual, los distintos bloques políticos pueden solicitar tablas en Prelabor y Labor Parlamentaria a efectos de anticipar los temas que se debatirán en el recinto de sesiones.

Quien solicite una tabla nueva en el recinto puede fundarlo verbalmente en una breve exposición, finalizada la cual, el Cuerpo debe

expedirse sobre si acepta o no la inclusión de su tratamiento. Las mociones de tratamiento sobre tablas deben ser consideradas en el orden en que fueron propuestas y requieren para su aprobación las dos terceras partes de los votos emitidos. Aprobada una moción de tratamiento sobre tablas, el asunto que la motiva debe ser tratado inmediatamente, con prelación a cualquier otro. En caso de haber varios proyectos sobre el mismo tema, la aceptación de la tabla importa el tratamiento de todos los proyectos en forma simultánea.

Cuando el asunto no tuviera Despacho de Comisión o de Junta, su tratamiento sobre tablas debe hacerse siempre con el Cuerpo constituido en Comisión, implicando la moción de tablas esta forma de tratamiento.

c. La Legislatura en Comisión

Un caso particular se presenta cuando la Legislatura se ha constituido en Comisión, es decir, cuando el Cuerpo mismo decide tratar el proyecto. Cabe aquí recordar que la finalidad de la constitución de la Legislatura en Comisión es a los efectos del tratamiento de los proyectos sin despacho, o para los despachos publicados que no han finalizado el período de observaciones. En estos casos, la Legislatura, constituida como una Comisión, debe abocarse a la elaboración de un “despacho” que requiere para su habilitación una mayoría agravada de los dos tercios de los miembros presentes, aprobar el despacho como “Comisión”, luego constituirse nuevamente en su calidad de Legislatura y continuar con el tratamiento normal, pero con carácter prioritario sobre cualquier otro tema, del “despacho elaborado”. Además, se requerirá la mayoría necesaria para el tipo especial de ley de que se trate (simple, absoluta, dos tercios).

Iniciada la sesión, comienza el tratamiento de los despachos elaborados por las Comisiones de Asesoramiento Permanente y las Juntas, que se han dividido en distintos segmentos, a saber, Declaraciones y Resoluciones, Leyes de acuerdo a cada mayoría necesaria para su aprobación y Leyes de doble lectura. En primera instancia, y de acuerdo a lo normalmente convenido en la Comisión de Labor Parlamentaria, se efectúa la votación de los despachos sin disidencias ni observaciones que, como determina el artículo 226, debe realizarse sin más trámite.

Posteriormente a la votación de los llamados “paquetes”, se produce la introducción del segmento sobre tablas que ha acordado Labor Par-

lamentaria, y en caso de solicitarse alteraciones del orden del día para incluir nuevos temas, se requerirá de la mayoría de dos tercios de los miembros presentes a efectos de su inclusión para debatir en el recinto.

Es importante recordar que la Constitución de la Ciudad ha introducido el mecanismo de doble lectura. Si bien este será analizado en los artículos 89 y 90, corresponde adelantar que la idea central de la doble lectura es la posibilidad de que la población se exprese en una audiencia pública no vinculante, acerca de un proyecto de ley que ha tenido aprobación inicial por la Legislatura, y que requiere de una nueva votación en el Recinto para su aprobación como ley, previo requisito de nuevo despacho de la o las Comisiones de Asesoramiento Permanente o las Juntas que la han estudiado. En varias oportunidades, las observaciones de los concurrentes a la Audiencia Pública han sido tomadas en cuenta por el legislador que aprueba finalmente la ley, teniendo en cuenta que no necesariamente ha de ser la misma composición que ha realizado la aprobación inicial, y en algunas, el proyecto aprobado en primera lectura fue finalmente archivado.

También es importante aclarar que, contrariamente a lo que sucede en el orden nacional, todos los despachos que llegan al recinto de sesiones permanecen en los Planes de Labor sucesivos a lo largo del año parlamentario, y no requieren una nueva aprobación de Labor Parlamentaria para su inclusión en el temario de la sesión.

En la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, todos los diputados tienen la posibilidad de expresarse ya sea a través de la presentación de proyectos; de sugerir los giros y el debate posterior acerca de los dados; la participación en forma proporcional a la integración de los bloques políticos en las Comisiones de Asesoramiento Permanente y las Juntas; de incluir un tema en el temario de la Comisión a través de nota o preferencia votada en una sesión; de despachar aun si constituyen una notoria minoría, tal es el caso de los despachos “en minoría” en su segunda acepción; de realizar observaciones en plazos de siete días hábiles (despacho común) y cinco días corridos (preferencia con despacho) y con ello participar en el debate; de expresarse en el recinto sobre los temas incorporados al Plan de Labor; de proponer modificaciones o redacciones alternativas a los proyectos en debate; de intentar tratar un tema sobre tablas en caso de obtener la mayoría de dos tercios de los miembros presentes; y finalmente, la posibilidad

de que su proyecto despachado permanezca en temario sin necesidad de que nuevamente Labor Parlamentaria lo vuelva a incluir.

Este es, sucintamente, el Reglamento legado por las dos primeras Legislaturas.

Finalizada esta introducción acerca del procedimiento parlamentario vigente en la Legislatura, nos abocaremos al análisis de los mecanismos de participación ciudadana que ha elaborado la Legislatura para dar cumplimiento a lo determinado en el artículo 80, incisos 3 y 4 de la Constitución de la Ciudad.

LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA [ARTÍCULO 80, INCISOS 3 Y 4]

La Constitución de la Ciudad ha dejado en manos de la Legislatura la potestad de reglamentar los mecanismos de Democracia Directa. Entendemos que la Legislatura se encuentra facultada entonces para establecer todo tipo de mecanismos de Participación Ciudadana.

En virtud de ello, hemos realizado una división de estos en tres tipos, en base al tipo de norma que le ha dado origen a cada uno:

Materia constitucional

Las audiencias públicas

La primera composición de la Legislatura, a cuya importancia nos hemos referido anteriormente, ha aprobado el 5 de marzo de 1998 la Ley N° 6 que regula el Instituto de las Audiencias Públicas, definiéndolas en su artículo 1 como:

... una instancia de participación en el proceso de toma de decisión administrativa o legislativa en el cual la autoridad responsable de la misma habilita un espacio institucional para que todos aquellos que puedan verse afectados o tengan un interés particular expresen su opinión respecto de ella.

En cuanto a su objeto, expresa que la audiencia pública se realiza a efectos de que “la autoridad responsable de tomar la decisión acceda a las distintas opiniones sobre el tema en forma simultánea y en pie de igualdad a través del contacto directo con los interesados”.

Es importante recordar que, según determina claramente su artículo segundo, las opiniones vertidas durante la audiencia pública son “de carácter consultivo y no vinculante”.

Como expresáramos anteriormente, el hecho de que la primera composición de la Legislatura aprobara como Ley N° 6 la de audiencias públicas reafirma una clara concepción de los legisladores primigenios acerca de la importancia trascendente que ha tenido la participación del pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el proceso de redacción de la Constitución de la Ciudad.

La ley establece tres tipos de audiencias públicas:

a. Las temáticas: Las audiencias públicas temáticas son convocadas “a efectos de conocer la opinión de la ciudadanía respecto de un asunto objeto de una decisión administrativa o legislativa”, pudiendo ser ellas obligatorias (las que se encuentran previstas en la Constitución o en las que expresamente sean establecidas por ley) o facultativas.

El Ejecutivo de la Ciudad puede convocar a audiencias públicas temáticas a través de un Decreto, debiendo especificar el área de gobierno que tendrá a su cargo la decisión respecto al tema de la audiencia, y es necesaria la presencia, a efectos de presidirla, de la máxima autoridad, resultando inexcusable la presencia del funcionario competente para resolver sobre el objeto de la audiencia.

En el caso de la Legislatura de la CABA, la Presidencia de la Asamblea puede estar a cargo del Presidente de la Legislatura, las Vicepresidencias en su orden o la Presidencia de la Comisión de Asesoramiento Permanente que debe resolver sobre el tema objeto de la audiencia.

En el supuesto de las comunas, la ley determina que la Junta Comunal es la autoridad convocante, debiendo presidir la misma su Presidente, pudiendo ser delegada esta función en otro miembro de la Junta Comunal, para su reemplazo.

b. Las audiencias públicas de requisitoria ciudadana: según lo determina el artículo 17, son “aquellas que deben convocarse cuando así lo solicite el medio por ciento del electorado del último padrón electoral de la Ciudad, la Comuna o las Comunas al Poder Ejecutivo, a la Legislatura o a las Comunas”. En el mismo artículo se determinan como requisitos fundamentales la descripción del tema objeto de la audiencia y la verificación posterior de la autenticidad de las firmas requeri-

das para la convocatoria a cargo del tribunal electoral, expidiéndose en caso de conflicto el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

c. Las audiencias públicas para designaciones y acuerdos: se deben realizar en la Legislatura, según lo determina el artículo 21 de la ley, “al solo efecto de considerar la idoneidad y las impugnaciones sobre las personas propuestas para ocupar los cargos”.

Con respecto a este último tipo de audiencias, la ley dedica el Capítulo VI al trámite a llevarse a cabo en la Legislatura, poniendo en cabeza de ello a la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control (JEAOC). Nótese que el legislador ha dispuesto específicamente en una Junta esta obligación, llamándola expresamente por el nombre dado por los legisladores en el Reglamento de la Legislatura, que ellos mismos han aprobado.

En el caso de las audiencias públicas para designaciones o acuerdos, son considerados participantes, teniendo la posibilidad de hacer uso de la palabra, los diputados de la Ciudad, el Defensor del Pueblo, los candidatos propuestos y toda persona que habiendo presentado una impugnación no haya sido desestimada.

La convocatoria de la JEAOC debe contener como puntos centrales la nómina de candidatos y candidatas propuestos para ocupar el o los cargos, el lugar, el día y la hora de celebración de la audiencia pública, la dirección y teléfono del organismo de implementación en el cual se presentan las impugnaciones por escrito, dónde se toma vista del expediente y los plazos previstos para la presentación de impugnaciones.

El Título III de la ley ha previsto un reglamento en el que minuciosamente detalla el funcionamiento general de las audiencias públicas, definiendo, entre otras cosas, participante (artículo 35), público (artículo 38), expositor (artículo 40), puntos a consignar en la convocatoria (artículo 41), etc.

Resulta trascendente para sintetizar y entender la preocupación del legislador por dotar a la audiencia de la mayor posibilidad de igualdad en cuanto a la posibilidad de la participación de la ciudadanía, lo expresado en los artículos 43 bis, 44, 45 y 52:

En tanto el artículo 43 determina que

... las Audiencias Públicas deben celebrarse en el lugar, fecha y hora que posibiliten la mayor participación de las personas que, por causa

de cercanía territorial o interés directo en el tema, puedan verse afectadas por la cuestión a debatir.

El 44 establece las condiciones necesarias para que la mayor cantidad posible de vecinos sea partícipe de la audiencia pública, para lo cual ha determinado que

- Con anterioridad al inicio de la Audiencia, el organismo de implementación debe organizar el espacio físico, de forma tal que su distribución contemple la absoluta paridad de los participantes intervinientes.
- Debe proveerse de lugares físicos apropiados para el público y para la prensa, permitiendo filmaciones, videgrabaciones y otros medios de registro.
- Debe desarrollarse en sitios de fácil acceso para posibilitar una mayor participación ciudadana.
- Dichos sitios deberán contar con un plano en escala adecuada de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Reforzando lo adelantado en cuanto a la importancia de la participación vecinal, individual y/u organizada, los artículos subsiguientes expresan que

... la autoridad convocante comunicará a las organizaciones incluidas en los registros existentes de organizaciones que trabajan en la ciudad de Buenos Aires indicando la autoridad convocante, el objeto de la convocatoria, lugar y fecha y hora de la Audiencia, dirección electrónica y teléfono de la autoridad convocante para más información (artículo 45, relacionado con el artículo 47 bis que crea el Registro de Organizaciones y Asociaciones gubernamentales y no gubernamentales de Audiencias Públicas).

Y que “el orden de alocución de los participantes registrados, es conforme al orden de inscripción en el registro” (artículo 52), reforzando lo expresado en el artículo 44 sobre la absoluta paridad en la que deben encontrarse los participantes en la audiencia.

Iniciativa popular

También la primera composición de la Legislatura ha aprobado, el 25 de junio de 1998, la Ley N° 40 que reglamenta el procedimiento para el

trámite de los proyectos de ley correspondientes a la iniciativa popular prevista en el artículo 64 de la Constitución de la Ciudad.

Expresa la norma que pueden ser objeto de iniciativa popular (artículo 3) “todas las materias que sean de competencia propia de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a excepción de los proyectos referidos a reforma de la Constitución, tratados internacionales, tributos y presupuesto”. A los efectos de realizar una presentación clara del procedimiento a llevarse a cabo ante la Legislatura, procederemos a ordenar el trámite expresado en la norma por el legislador:

- Los electores de la CABA interesados en realizar la presentación de un proyecto de ley de iniciativa popular, deberán presentarse ante la Dirección General de Descentralización y Participación Ciudadana (DGDyPC) de la Legislatura.
- La Dirección, entre otras misiones y funciones, tiene la obligación, de acuerdo a lo determinado en el artículo 7 de la ley, de asistir a la ciudadanía a los fines de la correcta presentación de los proyectos de iniciativa popular; para ello, en principio debe constatar, en consulta con la Comisión de Asuntos Constitucionales, que el proyecto no verse sobre materias vedadas constitucionalmente o que no sean de competencia propia de la Legislatura, y verificar, de acuerdo a lo determinado en el artículo 4 de la norma, que el texto de la iniciativa se encuentre articulado en forma de ley con los fundamentos que expongan los motivos del proyecto y la nómina del o los promotores y la designación de un representante que debe constituir domicilio en la Ciudad. Por último y como función primordial de acompañamiento y orientadora, la Dirección debe recibir y tramitar los proyectos de iniciativa popular que le son girados por la Secretaría Parlamentaria de la Legislatura.
- Cumplimentando lo anterior, la Dirección asistirá al promotor a efectos de su presentación ante la mesa de entradas de la Secretaría Parlamentaria; la mesa de entradas le asignará número correlativo correspondiente a los proyectos ingresados, identificándolo por la letra I e indicando el nombre del presentante, produciéndose entonces su ingreso formal, careciendo todavía de estado parlamentario y, posteriormente, la correspondiente publicación en el Boletín de Asuntos Entrados.

- A partir de ese momento, la Secretaría Parlamentaria, por delegación de la presidencia, girará el expediente con la iniciativa a la Dirección, procediendo entonces esta a entregar las primeras planillas para que los promotores intenten recabar las cuatro mil firmas que determina el artículo 14 de la ley.
- Presentadas por los promotores las planillas que contienen las cuatro mil firmas ante la Dirección, esta procederá a la verificación de la autenticidad de por los menos el 3%. Constatada la existencia de irregularidades que superen el 10% de las firmas verificadas, la iniciativa pierde el derecho a ser promocionada (artículo 15).
- Realizada esta verificación por la Dirección y no encontrándose irregularidades, se pasa a la etapa de promoción del proyecto de iniciativa de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 14 de la ley, en la emisora radial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por un espacio gratuito de cinco minutos diarios y por el plazo de tres días, en carteleras que dispongan el gobierno y la Legislatura de la Ciudad, y en todo otro medio de difusión gráfico, televisivo, radial, informático de los que dispongan el Gobierno de la Ciudad y la Legislatura de la CABA.
- Finalizada la etapa de la recolección de firmas y habiéndose presentado las correspondientes al uno y medio por ciento del padrón electoral correspondiente a la última elección ante la DGDyPC, y habiéndose constatado que las mismas no tengan más de un año de antigüedad, dentro de los tres días de recibida, esta remitirá al Superior Tribunal de Justicia el expediente conteniendo las planillas a efectos de dar cumplimiento a la verificación por muestreo (artículos 10 y 11) de las firmas que acompañan la iniciativa, quien deberá realizar la verificación en el término de treinta días hábiles. En caso de que el Tribunal verificase que existieran irregularidades que superen al 10% de las firmas verificadas, la iniciativa se remite a la Legislatura quedando desestimada y produciéndose su archivo.
- En el supuesto de que el informe fuera positivo (artículo 13), la iniciativa popular es remitida a la Legislatura para adquirir estado parlamentario y continuar con el trámite legislativo. Corresponde aquí acotar que, hasta la fecha, han sido cerca de

cuarenta los proyectos de iniciativa popular presentados en la mesa de entradas de la Legislatura de la CABA, en tanto que sólo en dos oportunidades se ha obtenido el número necesario para su correspondiente remisión a la instancia del Tribunal; no obstante lo cual, el Tribunal ha verificado que las planillas tenían irregularidades, por lo tanto ningún proyecto de iniciativa popular, hasta la fecha, ha adquirido estado parlamentario.

- Adquirido el estado parlamentario, el artículo 16 de la ley específica que la iniciativa debe ser remitida a la Comisión de Asuntos Constitucionales, a efectos de que en el plazo de veinte días hábiles dictamine sobre la admisibilidad formal de la iniciativa, pero, recordamos, ya la Comisión de Asuntos Constitucionales ha participado, previo a la formulación del expediente, verificando en su origen la iniciativa.
- Expresa el artículo 17 de la norma analizada que uno de los Promotores podrá defender la iniciativa en las Comisiones de Asesoramiento Permanente de la Legislatura que tengan competencias sobre el objeto de la iniciativa popular, de acuerdo a la reglamentación que fije la Legislatura. Entendemos que quien defienda la norma puede hacerlo dentro de los alcances que analizaremos en un punto posterior, cuando tratemos la posibilidad de expresarse durante la primera media hora de la reunión de Comisión o Junta.
- El artículo 18 establece que la Legislatura debe sancionar o rechazar todo proyecto de iniciativa popular dentro del plazo de doce meses desde que este toma estado parlamentario, y no desde su presentación original en la mesa de entradas de la Legislatura. Asimismo, el mencionado artículo expresa que transcurridos los once meses (desde que ha adquirido estado parlamentario) sin que tenga Despacho de Comisión, el Presidente debe incluirlo en el “orden del día de la sesión ordinaria siguiente”.

Este artículo presenta dos temas interesantes a efectos de su análisis, primero, que pone en cabeza del Presidente de la Legislatura la obligación de incluirlo en el “orden del día”, siendo que esta es una función clara de Labor Parlamentaria, entendiendo como tal la reunión de la Comisión Permanente integrada por los Presidentes de los bloques

políticos que conforman el Cuerpo, y segundo, en el supuesto de que la Legislatura cumpliera con este precepto de ley, se requeriría de los dos tercios de los legisladores representados en Labor Parlamentaria a efectos de su inclusión en el Plan de Labor Parlamentaria, o de los legisladores presentes en el recinto de sesiones, para su consideración como tratamiento sobre tablas en el transcurso de la sesión. Entendemos que al expresar la norma que debe ser incluido en el orden del día (Plan de Labor Parlamentaria) se está refiriendo a la obligación de ser sometido a votación en el recinto, por consiguiente este no puede ser objeto de rechazo en la consideración del tratamiento sobre tablas por la Comisión de Labor Parlamentaria o por el Cuerpo en el recinto de sesiones. Es decir, el artículo 18 de la Ley N° 40 le impone a la Legislatura la obligatoriedad de la votación directa de los legisladores para aprobar (sancionar) o rechazar el proyecto de ley de iniciativa popular.

Cabe aquí acotar que el Reglamento de la Legislatura le otorga a los proyectos de ley dos años parlamentarios de vigencia, transcurridos los cuales se produce su caducidad si no tuvieran despacho, en tanto que la ley termina otorgándole tan sólo un año a partir de determinarse su estado parlamentario.

No obstante ello, consideramos, realizando una interpretación armonizante, que existe una preeminencia de la ley sobre el Reglamento de la Legislatura, imponiéndole su tratamiento en el recinto a efectos de que la Legislatura se exprese por la aprobación o el rechazo antes del cumplimiento del año calendario de haber adquirido el estado parlamentario. Esta interpretación se basa en que el Legislador ha querido que la Legislatura se expida prontamente sobre la iniciativa, ya que tanto el Reglamento así como la Ley N° 40 han sido aprobados por la misma composición de la Legislatura.

Finalmente, y en subsidio de que la Legislatura no trate dentro del término de los doce meses de adquirido el estado parlamentario un proyecto que hubiera obtenido más del 15% de las firmas del padrón electoral del distrito, el artículo 19 de la ley le impone al Jefe de Gobierno la obligación del llamado a un Referéndum Vinculante y Obligatorio, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley N° 89.

Referéndum y consulta popular

El 22 de octubre de 1998 la primera composición de la Legislatura sancionó la Ley N° 89 sobre referéndum y consulta popular.

Su objeto expresado en el artículo 1 es “reglamentar los institutos de consulta previstos en los artículos 65 y 66 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Esta ley define el referéndum como el “instituto por el cual se somete a la decisión del electorado la sanción, reforma o derogación de una norma de alcance general”, en tanto que el “voto es obligatorio y el resultado vinculante” (artículo 2).

Con respecto a la consulta popular, la define en su artículo 3 como “el instituto por el cual el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo o las Juntas Comunales, dentro de sus ámbitos territoriales, requieren la opinión del electorado sobre decisiones de sus respectivas competencias”. En este caso, “el voto no es obligatorio y el resultado no es vinculante”.

Es importante destacar el artículo 4 de la ley, que determina que “No pueden ser sometidas a referéndum las materias excluidas del derecho de iniciativa, los tratados interjurisdiccionales y las que requieran mayorías especiales para su aprobación”, por consiguiente se encuentran limitados los temas que pueden ser sometidos a referéndum, en tanto que la Constitución de la Ciudad requiere mayorías especiales en las materias contenidas en sus artículos 81 y 82.

En cuanto al referéndum y a quien lo convoca, el Título II determina que el Poder Legislativo lo convoca en virtud de ley sancionada al efecto, la cual no puede ser vetada por el Ejecutivo. Este último, a su vez, lo convoca mediante un decreto en el término de noventa días, en el supuesto de que la Legislatura no hubiera tratado la iniciativa popular (que cuente con más del quince por ciento del padrón electoral de la Ciudad acorde a la última elección) en el término de doce meses a partir de que se le haya dado el carácter de estado parlamentario. En ambos casos, la convocatoria debe contener el texto íntegro de la norma sujeta a referéndum, la pregunta a responder formulada de forma afirmativa y la fecha de realización de aquel.

La norma resulta aprobada cuando el voto afirmativo obtiene la mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos, y el Presidente de la Legislatura debe remitir el texto al Poder Ejecutivo para publicarlo dentro del plazo de los diez días de recibido, entrando en vigencia la

ley al día siguiente de su publicación o en el plazo que ella disponga. El artículo 9 expresa que en caso de no aprobarse, no puede volver a considerarse el tema en los dos años legislativos siguientes, es decir recién puede volver a considerarse a partir del tercer año parlamentario luego del resultado negativo de la compulsión.

En cuanto a la consulta popular desarrollada en el Título II, el artículo 11 de la ley expresa que no pueden ser objeto de esta “las materias excluidas en el artículo 4, excepto la tributaria”. Respecto a la realización de la convocatoria, agrega las autoridades de las comunas a las ya indicadas en el referéndum, y expresa que debe contener la decisión puesta a consideración del electorado, la pregunta a responder formulada de manera afirmativa y la fecha de realización de la consulta popular, determinándose su resultado a simple pluralidad de sufragios.

La convocatoria para la realización del referéndum o la consulta popular se debe llevar a cabo en el Boletín Oficial de la Ciudad, con una antelación no menor a treinta días ni mayor a noventa días respecto de la fecha fijada, pudiendo reducirse el plazo mínimo bajo circunstancias de gravedad institucional, y debe ser difundida en los medios disponibles por el Ejecutivo y la Legislatura de la Ciudad por el término de cinco días, así como en los dos diarios de mayor circulación por dos días.

No pueden llevarse a cabo en fechas coincidentes con la elección de autoridades nacionales, de la Ciudad o de las Comunas. Al día de hoy, no se han llevado a cabo referéndums ni consultas populares en la Ciudad.

Revocatoria de mandato

La segunda composición de la Legislatura sancionó el 30 de marzo de 2000 la Ley N° 257 de Revocatoria de Mandato, que regula, según dispone su artículo 1:

... el derecho del electorado de la Ciudad y de las Comunas, a requerir la revocatoria al mandato de funcionarios y funcionarias electivos de los poderes Legislativo y Ejecutivo y de las Comunas, conforme con lo establecido por el artículo 67 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La revocatoria de mandato debe ser solicitada en forma particular para cada funcionario y son requisitos para la procedencia de la peti-

ción que se cumplan los siguientes extremos: que hayan transcurrido más de doce meses de la asunción del cargo y resten más de seis para la finalización del mandato, reunir la firma del 20% de los electores de la Ciudad o comuna y que se funde en causas atinentes al desempeño de sus funciones.

En cuanto al procedimiento, este debe ser impulsado por uno o más electores, que deben presentarse ante el Tribunal Superior de Justicia a efectos de identificar al funcionario cuya revocación se impulsa, cargo, fechas de inicio y finalización del mandato, señalar las causas por las que se solicita la revocatoria y consignar los datos personales de los presentantes.

Dentro de los diez días, el Tribunal debe hacer entrega de las planillas foliadas en las que tienen que asentarse las firmas, las cuales deben ser devueltas al Tribunal con un total de firmas igual o superior al 20% del padrón, en un plazo máximo de doce meses, para dar por iniciada la petición de revocatoria de mandato. En caso contrario se declarará la caducidad del procedimiento.

El Tribunal tiene treinta días para verificar el número total, la legitimidad y la validez de las firmas presentadas, y la petición queda desestimada si estas no alcanzan el mínimo requerido o si se constata la existencia de irregularidades en el procedimiento de obtención de las firmas, o que estas sean apócrifas en un porcentaje superior al 10% de las firmas verificadas.

Reunidos los extremos, el Tribunal Superior de Justicia debe convocar al referéndum de revocatoria de mandato, que debe llevarse a cabo dentro de los noventa días, y tanto los presentantes de la petición como los partidos políticos pueden designar fiscales.

Si la opción por la revocatoria obtiene más del 50% de los electores inscriptos en el padrón electoral del distrito correspondiente, luego del escrutinio definitivo el funcionario quedará separado del cargo. Si no se obtiene el 50%, la posibilidad de una nueva petición de revocatoria de mandato por las mismas causales referidas a idénticos hechos queda inhabilitada.

El Consejo Consultivo Comunal en la Ley de Comunas

El Consejo Consultivo de cada comuna configura una herramienta excepcional de participación ciudadana, y es definido en el artículo 33

de la Ley N° 1777 como “un organismo consultivo y honorario de participación popular, conforme lo establecido en el artículo 131 de la Constitución de la Ciudad”, cuya integración, de acuerdo a lo determinado por el artículo 33, está dada con base en “representantes de entidades vecinales no gubernamentales, partidos políticos, redes y otras formas de organización con intereses o actuación en el ámbito territorial de la Comuna”.

Independientemente de ello, el artículo de referencia dispone que las normas de funcionamiento interno de cada Consejo Consultivo Comunal deben garantizar el derecho de los vecinos de la comuna a participar en forma individual en sus actividades, garantizando el funcionamiento de Consejo Consultivo Comunal a escala barrial.

Funciona descentralizadamente, tiene que rotar el lugar de reunión entre los distintos barrios que integren la respectiva comuna (artículo 36), debiendo reunirse al menos una vez al mes, y sus recomendaciones son de consideración obligatoria para la Junta Comunal.

Es deber de la Presidencia convocar al Consejo, pero este puede también autoconvocarse, y corresponde a la Junta Comunal garantizar su efectivo funcionamiento, así como crear y mantener actualizado el registro de las entidades vecinales no gubernamentales, partidos políticos, redes y otras formas de organización que desarrollen actividades comunitarias dentro de la jurisdicción de la comuna y vecinos, e inscribirlas para su integración y participación en el Consejo Consultivo Comunal.

Sus funciones, de acuerdo al artículo 35 de la ley, son:

a. Participar del proceso de elaboración del programa de acción anual y anteproyecto de presupuesto de la comuna y definir prioridades presupuestarias y de obras y servicios públicos.

b. Efectuar el seguimiento, evaluar la gestión comunal y supervisar el cumplimiento de la correcta prestación de los servicios públicos brindados por el Poder Ejecutivo en la comuna.

c. Presentar ante la Junta Comunal iniciativas así como propuestas para la implementación de programas y políticas de interés comunitario.

d. Formular solicitudes de convocatoria a audiencia pública y a consulta popular.

e. Promover, ordenar, canalizar y realizar el seguimiento de las demandas, reclamos, proyectos y propuestas de los vecinos.

f. Promover políticas de comunicación ciudadana, de acceso a la información y de participación vecinal.

g. Promover la utilización de los mecanismos de participación ciudadana entre los vecinos de la comuna.

h. Controlar la ejecución del presupuesto de la comuna.

i. Elaborar las normas de su funcionamiento interno en consonancia con la presente ley.

j. Generar espacios abiertos de discusión, foros y toda otra forma de participación directa para debatir y elaborar propuestas sobre acciones, obras, programas y políticas públicas.

k. Asesorar a la Junta comunal sobre las materias que son competencia de la Comuna.

Asimismo, el artículo 15 de la ley le asigna un rol preponderante en cuanto a la discusión, en su ámbito, de la elaboración del anteproyecto de presupuesto de cada comuna, elaborado a través de mecanismos de escala barrial, que garantizan la participación de los vecinos en las metas, la formulación y el control presupuestario.

Consejo de Planeamiento Estratégico. Artículo 19 CCABA

La Ley N° 310 ha creado el Consejo de Planeamiento Estratégico, que funciona dentro del ámbito del Poder Ejecutivo como un órgano consultivo, responsable de elaborar y proponer planes estratégicos consensuados basados en la participación y el consenso de las instituciones, destinados a ofrecer fundamentos para las políticas de Estado, expresando los denominadores comunes del conjunto de la sociedad.

El Consejo, según dispone su artículo tercero, está integrado por todas las organizaciones sociales representativas del trabajo, la producción, religiosas, culturales, educativas, los partidos políticos, otras organizaciones no gubernamentales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires e instituciones que así manifiesten su voluntad de integrarlo, en los términos que disponga la reglamentación respectiva.

El artículo 10 recuerda que tiene iniciativa legislativa conforme a lo establecido en el artículo 19 de la Constitución de la CABA.

Materia reglamentaria

Consideraciones de particulares

El Reglamento de la Legislatura, desde su primera conformación, ha previsto a través de la Resolución N° 17/98 de la Junta de Interpretación y Reglamento, incorporada como Apéndice VI, la posibilidad de que los particulares realicen presentaciones de iniciativas denominadas comúnmente “consideraciones de particulares”.

Se deja expresamente sentado en la Resolución de la Junta que las personas que carezcan de iniciativa parlamentaria pueden realizar presentaciones en forma de proyectos ante la mesa de entradas de la Secretaría Parlamentaria de la Legislatura. Al momento de su recepción, los proyectos son numerados e identificados con el número correspondiente al orden cronológico, la letra “P” (particular) y el apellido del presentante.

Es así que las consideraciones de particulares son numeradas correlativamente entre todos los proyectos presentados por aquellos que sí tienen iniciativa parlamentaria y, de idéntica forma, son publicados en el Boletín de Asuntos Entrados de la Legislatura.

El expediente así identificado es girado a la Comisión de Asesoramiento Permanente o Junta que deba ser cabecera del tema objeto principal de la presentación, en razón de la materia, consignando que se remite para conocimiento y no para despacho de los diputados miembros de la Comisión o Junta (artículo 2).

Según lo dispone el artículo 3 de la norma analizada, la Comisión o Junta a la que haya sido girada la iniciativa del particular debe remitir comunicación fehaciente al presentante para informarle cuándo será puesto en temario de la Comisión o Junta, haciendo constar que será invitado a concurrir a la reunión que se realice con motivo de su tratamiento en el seno de la Comisión.

El artículo 4 de la norma establece que el presentante tendrá la oportunidad de exponer en el término de la primera media hora de la reunión de Comisión o Junta (tema relevante en cuanto a la participación ciudadana que analizaremos en el punto siguiente), a efectos de interiorizar a los presentes en los motivos de su presentación, en el supuesto de que el tema propuesto haya sido hecho propio por algún

diputado o si se hubieran presentado otros expedientes con objeto similar pero con iniciativa legislativa.

Independientemente de que los hubiera, entendemos que persiste la obligación de invitar al presentante a efectos de que exponga sobre el tema durante la primera media hora, de acuerdo con la práctica llevada a cabo por las distintas composiciones de las Comisiones de Asesoramiento Permanente y las Juntas.

La costumbre y la historia de la Legislatura nos recuerdan que han sido numerosas las presentaciones de particulares que han tomado estado parlamentario a través de nota dirigida a la Secretaría Parlamentaria por legisladores que tienen interés en impulsar la iniciativa del particular. En nuestro caso, hemos tenido la posibilidad de realizar varias presentaciones de ley en carácter de particular, que han sido tomadas hasta por más de una docena de legisladores, considerándose como autor de la iniciativa a quien hace la primera presentación, para dotarlas de estado parlamentario, y que, finalmente, han sido sancionadas como leyes.

Entendemos que la de las consideraciones de particulares es una de las mejores herramientas que brinda el Reglamento de la Legislatura para garantizar la participación ciudadana, junto con la posibilidad de expresarse en la primera media hora de la reunión, que pasaremos a analizar seguidamente.

Reuniones de Comisión y Juntas

El Reglamento de la Legislatura determina expresamente en su artículo 147, "Reuniones de carácter público", que las reuniones de Comisión (incorporamos aquí también a las Juntas) tienen carácter público y que una vez iniciada la reunión de la Comisión o Junta, durante la primera media hora, el Presidente o quien se encontrara presidiendo en su reemplazo, tiene la obligación de invitar a los particulares o representantes de organizaciones no gubernamentales "que acrediten interés acerca de un asunto incluido en el orden del día" (de la Comisión o Junta), a que expongan oralmente (o por escrito) sus opiniones sobre este asunto.

Esta posibilidad junto con la presentación realizada por particulares analizada en el punto anterior son, a nuestro entender, los mecanismos más efectivos para expresar las opiniones de las personas

interesadas en el tratamiento de las iniciativas bajo examen de la Legislatura, además de las audiencias públicas.

El mecanismo, por tratarse siempre de reuniones de carácter público, sirve a la vez para permitir a los interesados identificar claramente cuál es la posición de los legisladores en la Comisión, o de los autores de los proyectos en tratamiento, y de los bloques políticos a los que pertenecen, mucho tiempo antes de que el tema llegue al recinto de sesiones en forma de despacho, ya que no necesariamente un proyecto es despachado por la Comisión o Junta en la primera oportunidad en que lo consideran los legisladores.

Es importante destacar que esta acertada medida también es tomada cuando se realizan reuniones de asesores de la Comisión, las cuales son conformadas por la suma de los asesores de los diputados que son miembros de la Comisión, de aquellos asesores que son enviados por los diputados para seguir determinado el tema objeto de análisis en la Comisión, o de sus autores, y coordinadas por el Director General de la Comisión. En este caso, las reuniones de asesores cuentan con la colaboración del personal técnico legislativo de planta permanente, con aquilatada experiencia, que se encuentra asignado a la Comisión respectiva.

Si bien, como sabemos, siempre la participación ciudadana en estos casos es no vinculante, en no pocas oportunidades se han introducido cambios a los proyectos en virtud de las acertadas intervenciones de los interesados y expertos consultados.

Reuniones públicas especiales y reuniones fuera del ámbito de la Legislatura

Los artículos 150 (“Reuniones Públicas Especiales”) y 150 bis (“Reuniones fuera del ámbito de la Legislatura”), reglamentados por la Resolución de la Junta de Interpretación y Reglamento N° 11/98, determinan que las Comisiones y Juntas pueden celebrar reuniones públicas especiales y abiertas con la asistencia de funcionarios y expertos invitados, para recabar consultas y opiniones de las instituciones y ciudadanos involucrados en el tratamiento de los proyectos en discusión, y que estas pueden llevarse a cabo fuera del ámbito de la Legislatura.

La decisión de hacer una reunión pública y especial abierta fuera del ámbito de la Legislatura debe ser tomada por la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión o Junta y notificada a los miembros de la Comisión y, si los hubiere, a los autores de los proyectos, con una antelación de quince días.

Inicialmente estas reuniones estaban previstas para atender de forma prioritaria las temáticas vinculadas con la Ley de Comunas, y eran realizadas por la Comisión de Descentralización y Participación Ciudadana, pero luego de su sanción se han producido varias reuniones públicas y especiales abiertas fuera del ámbito de la Legislatura de las Comisiones de Asesoramiento, que han recabado el planteo de posiciones y la formulación de propuestas de interesados en resolver las problemáticas atinentes a las competencias de las Comisiones. Han sido especialmente las Comisiones de Asesoramiento Permanente de Vivienda y Salud las que se han reunido fuera del ámbito de la Legislatura.

Para resaltar la trascendencia que le ha dado la primera composición de la Legislatura al tema, es importante destacar la redacción del artículo 151, que norma sobre el procedimiento a llevar a cabo en la reunión, que debe ser coordinada por el Presidente de la Comisión de Asesoramiento Permanente o Junta que la convoque, y también que durante su desarrollo se debe:

a. Tomar nota de los puntos propuestos, los funcionarios, expertos y organizaciones no gubernamentales presentes, así como de las personas que intervengan en forma individual.

b. Realizar una exposición inicial breve y concisa del proyecto o tema que constituya el objeto principal de la reunión.

c. Asignar un espacio en la reunión para que los asistentes puedan realizar preguntas y pueda completarse la información que debe ser brindada por parte de los funcionarios lo más objetiva y pertinente posible.

d. Realizar un plenario en el que los asistentes planteen sus posiciones y formulen sus propuestas, incluyendo la posibilidad de entrega del material pertinente al tema objeto de la reunión.

De más está decir que la finalidad de la reunión es escuchar a los funcionarios, interesados y expertos, no despachar sobre el tema en el ámbito de la reunión.

La tribuna popular

Nos referiremos al instituto de la tribuna popular (establecido en el Reglamento de la Legislatura en el Capítulo IV, artículos 76 y 77, y la Disposición Transitoria Cuarta, al finalizar el tratamiento del tema de los mecanismos de participación ciudadana.

Normas independientes

El foro de la tercera edad

La Resolución N° 238/2001 ha creado dentro del ámbito de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el “Foro de la Tercera Edad”, cuyos objetivos son:

a) Promover la participación de las personas mayores a fin de que las mismas ejerzan plenamente sus derechos.

b) Crear un ámbito donde se reciban propuestas, se lleve a cabo el debate de ideas y se trasmitan las demandas relacionadas con la problemática del sector.

c) Elaborar proyectos atendiendo la especificidad del sector y promover especialmente aquellas que posibiliten la igualdad de trato y oportunidades.

d) Servir como lugar de permanente proposición y recomendación tanto al Poder Ejecutivo como al Legislativo de la Ciudad, de ideas para el mejoramiento de la calidad de vida de las personas mayores, articulando y ordenando sus propias propuestas con las que acerquen otras organizaciones de la sociedad civil o instituciones relacionadas.

e) Actuar como órgano de consulta de las Comisiones de Asesoramiento Permanente o las Juntas de la Legislatura de la Ciudad que lleven adelante el tratamiento de proyectos relacionados con las personas mayores, cuando estas se lo requieran.

En cuanto a su integración, el artículo 5 de la norma determina que

... sesiona con sesenta (60) integrantes, en el recinto de la Legislatura, una vez por mes, en día y hora a fijarse. En cada sesión participa un representante de cada federación de centros de jubilados y pensionados inscriptos, completándose el total de sesenta integrantes a través de un sorteo entre las entidades de primer grado hasta alcanzar dicho número. El sorteo deberá garantizar una representación igualitaria por cada ámbito de jurisdicción de los centros de gestión y participación. Para las sesiones siguientes, el sorteo se practicará entre las entidades que no hubieran participado, hasta agotar el listado. Para su debida difusión se le asignan taquígrafos que registren lo actuado. Todas las reuniones del Foro son públicas.

Si bien la norma en cuestión es muy rica en las posibilidades que ofrece, hasta el momento ha sido muy difícil lograr su integración, por consiguiente, no ha funcionado cumpliendo las expectativas que había generado su creación. Sin embargo, podría ser una herramienta muy interesante en cuanto a la generación de ideas, proyectos (inciso c) y políticas para su posterior debate en las Comisiones de Asesoramiento Permanente de la Legislatura.

El Parlamento de las Mujeres

El 14 de abril de 2011 la Legislatura aprobó la Resolución N° 27/2011, por la cual, para promover una agenda con perspectiva de género (artículo 2), encomienda a la Comisión Permanente de Mujer, Infancia, Adolescencia y Juventud, con la colaboración de la Comisión Especial de Igualdad Real de Oportunidades y Trato entre Mujeres y Varones –o aquella que en el futuro se ocupe de estas temáticas–, convocar dos veces al año a las organizaciones sociales que cuenten entre sus objetivos la defensa de los derechos de las mujeres y la perspectiva de género en el tratamiento de cuestiones sociales, políticas, económicas y culturales, con el objetivo de realizar reuniones públicas con diputadas y diputados, a fin de promover la comunicación entre el Poder Legislativo y la sociedad civil.

Hasta el momento se han llevado a cabo varias reuniones y dos reuniones plenarias en el recinto de sesiones de la Legislatura del ahora denominado “Parlamento de las Mujeres”, cuyos resultados han su-

perado largamente las expectativas que las autoras de la iniciativa se habían propuesto.

En la primera reunión preparatoria se realizó una sesión simbólica, en la que expusieron diputadas y numerosas integrantes de las organizaciones sociales antes mencionadas para preparar una agenda parlamentaria con perspectiva de género, específicamente atendiendo propuestas y demandas.

Foro para la plena integración de residentes de otras nacionalidades

El 23 de octubre de 2008, la Legislatura de la CABA aprobó la Resolución N° 490/2008 creando el Foro para la Plena Integración de Residentes de Otras Nacionalidades.

Su finalidad, expresada en el artículo 2 de la citada norma, es:

... establecer un ámbito permanente de participación de las organizaciones de personas migrantes que desarrollan actividades en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el objeto de promover el pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas de otras nacionalidades.

Sus objetivos básicos, de acuerdo a lo determinado en el artículo 3 de la Resolución, son:

a. Promover, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, las condiciones apropiadas para el pleno ejercicio de los derechos de todas las personas inmigradas sin excepción ni exclusiones, independientemente de su situación documentaria o migratoria.

b. Realizar acciones e iniciativas para combatir el racismo social e institucional, la discriminación y la xenofobia que perjudican y estigmatizan al migrante.

c. Difundir los derechos de los migrantes.

d. Velar por el reconocimiento, el mantenimiento y el apoyo para el desarrollo de las diversas culturas presentes en la ciudad, a fin de evitar situaciones que impliquen distinción, exclusión, restricción o menoscabo de ellas.

e. Promover el derecho a la diversidad cultural.

f. Fomentar la integración y el desarrollo sociocultural y educativo de las personas migrantes a través del acceso a los servicios públicos de educación, salud y desarrollo social.

g. Fortalecer la organización y la participación pública de los grupos de migrantes y la interacción entre ellos.

Sus funciones, determinadas en el artículo 4, son:

a. Convocar a la mayor cantidad posible de grupos de migrantes a este órgano de participación.

b. Solicitar información a los poderes públicos nacionales, provinciales y locales respecto del diseño y la aplicación de políticas públicas relacionadas con la materia.

c. Invitar a funcionarios públicos y expertos, vinculados a temas de preocupación para la población inmigrante, a participar de las sesiones del Consejo Plenario.

d. Relevar la legislación y normativa relacionada con la problemática de las personas migrantes y la diversidad cultural a fin de realizar una evaluación respecto de su pertinencia y cumplimiento.

e. Emitir declaraciones públicas respecto del tratamiento de las problemáticas de las personas migrantes y la diversidad cultural.

f. Conformar, en caso de considerarse necesarias, comisiones especiales de trabajo para el análisis específico de temas relacionados con los objetivos de esta resolución a fin de elevarlos al Consejo Plenario del Foro para su discusión. Estas se disolverán ni bien cumplieren el objeto para el que han sido conformadas.

g. Elaborar informes especiales cuando la importancia u oportunidad de un tema así lo requieran.

Si bien la riqueza de las posibilidades que surgen del articulado de la norma refleja una gran aspiración, en los hechos el Foro para la Plena Integración de Residentes de Otras Nacionalidades ha resultado de muy difícil articulación, por lo que no concita las expectativas que había generado su creación. No obstante, la normativa sigue teniendo plena vigencia.

El programa *La Legislatura y la Escuela* y el *Concurso jóvenes legisladores*

La Resolución N° 151/98, nuevamente de la primera composición de la Legislatura, ha tomado la experiencia de las reuniones que se efectuaron antes de su creación con las sesiones con niños de escuelas públicas y privadas, que tuvieron objeto en el Concejo Deliberante y en la Convención Constituyente y ha creado el programa *La Legislatura y la Escuela*, cuya actividad central es:

... la realización de sesiones especiales, en las que alumnos de escuelas primarias y estudiantes secundarios de la Ciudad participarán cumpliendo el rol de legisladores, canalizando así, a través del debate democrático, las propuestas que hubieren surgido de sus propias iniciativas en los establecimientos educativos a los que pertenezcan.

La iniciativa, que lleva ya más de quince años de ejecución, tiene como objetivos “incorporar en los niños y jóvenes los valores propios del debate democrático de las ideas y la búsqueda de acuerdos en un marco de convivencia y respeto de las distintas opiniones”, “introducirlos en la práctica de la tarea legislativa como forma de afianzar en ellos los principios democráticos y la forma de organización institucional de la Ciudad” y “generar un ámbito de relación directa y personal de los alumnos con los legisladores de la Ciudad, a través del conocimiento e intercambio de ideas sobre el trabajo de estos últimos”.

El programa *La Legislatura y la Escuela* se compone de dos áreas de trabajo dirigidas respectivamente a los alumnos de 6° y 7° grado de la escuela primaria y a los estudiantes de la escuela media, según la modificación introducida por la Resolución N° 660/98. Está organizado y coordinado por personal de la Dirección General de Gestión y Participación Ciudadana, altamente especializado, con años de experiencia en la temática y en la preparación y capacitación de los estudiantes, a efectos de la realización de reuniones de “Comisiones” y los preparativos para la “Sesión Plenaria” de los estudiantes de las distintas escuelas que se llevan a cabo en el recinto de sesiones, y que son presididas por un diputado de la CABA.

La norma expresa que

... [las] propuestas que resulten aprobadas, y sean consideradas viables, podrán ser presentadas por la Presidencia como proyectos ofi-

ciales durante el período de sesiones que se encontrara en curso, dejándose constancia de qué establecimiento educativo presentó la iniciativa en el marco del programa creado por la presente...

Sin embargo, normalmente ocurre que son presentadas en la mesa de entradas parlamentaria bajo el mismo régimen que las consideraciones de particulares, es decir que se les da un número correlativo de proyecto y son giradas solamente a una Comisión o Junta para conocimiento de los legisladores.

En varias ocasiones, los proyectos de *La Legislatura y la Escuela* son tomados por los legisladores, y obtienen estado parlamentario, ni bien son publicadas en el Boletín de Asuntos Entrados de la Legislatura.

Los alumnos, claro está, también pueden concurrir a la Comisión y nombrar un representante para defender su proyecto dentro de la primera media hora de la reunión de Comisión o Junta.

Dentro del marco de este programa, en el pasado mes de junio se ha realizado el tercer *Concurso jóvenes legisladores*, cuyo objetivo es promover e incentivar la participación de los jóvenes para afianzar sus valores democráticos, mediante la elaboración y deliberación de proyectos legislativos.

La tribuna popular

Como oportunamente adelantáramos, el instituto de la tribuna popular se encuentra establecido en el Capítulo IV, artículos 76 y 77 del Reglamento de la Legislatura, desde su concepción por parte de la primera composición de la Legislatura, y la Disposición Transitoria 4, realizada en ocasión de la gran reforma (inconclusa) de 2002.

Transcribimos a continuación los artículos originarios y la Disposición mencionada:

Artículo 76: Tribuna Popular. La tribuna popular permite efectuar planteos en sesión plenaria, sobre temas de especial interés para la Ciudad, por parte de organizaciones no gubernamentales y personas que resulten autorizadas de acuerdo con la Resolución que reglamente su ejercicio. (Modificado por Resolución N° 1 de la Junta de Interpretación y Reglamento, 1998).

Artículo 77: Uso de la palabra. Las manifestaciones son de diez a quince minutos, con intervención posteriormente, de cada uno de los bloques, de cinco minutos. (Modificado por Resolución N° 1 de la Junta de Interpretación y Reglamento, 1998).

Disposición Transitoria 4: Reglamentación de la Tribuna Popular. La Legislatura debe reglamentar el Instituto de Tribuna Popular establecido en el presente Reglamento dentro del plazo de sesenta días de sancionada la resolución que dispone la primera parte de la reforma integral. (Modificado por Resolución N° 187/2002).

Como introducción al tema, cabe acotar que la primera composición de la Legislatura contó con un Bloque Mayoritario de 37 miembros, es decir tres menos que los necesarios para declarar la necesidad de la reforma de la Constitución, y su conformación se prolongó a lo largo de todo el mandato de la primera Legislatura. Nunca volvió a suceder que existiera un bloque que tuviera quórum propio. Sin embargo, esta primera composición de la Legislatura, en sus más de tres años de ejercicio del mandato, no pudo llevar a cabo la reglamentación de la tribuna popular, a pesar de contar con mayoría más que suficiente para hacerlo. Recordemos que el Reglamento se modifica con mayoría absoluta de sus miembros (31), en tanto que la reglamentación de la tribuna popular debería operar por una reforma de aquel, requiriendo la mayoría antes indicada.

Para intentar llevar a cabo su reglamentación se han presentado, a lo largo de los años, decenas de proyectos desde los distintos bloques políticos, pero ninguno de ellos ha podido ser despachado por la Junta de Interpretación y Reglamento. Cabe aquí preguntarnos el por qué de lo sucedido.

La respuesta es, a nuestro entender, sencilla y a la vez compleja. Sencilla desde el punto de vista de que desde la primera composición de la Legislatura, se dio vida a la mayoría de los mecanismos de participación ciudadana antes expuestos, con el objetivo de lograr un amplísimo abanico de posibilidades para que quienes estamos en la Ciudad podamos interactuar con nuestros legisladores en reemplazo del primer mecanismo diseñado, la tribuna popular, que nunca pudieron reglamentar. Y compleja debido a que contiene tres inte-

rrogantes que no pueden llegar a dilucidarse a través de un consenso de 31 votos y que son:

a. La forma de determinar cuál es el tema de especial interés para la Ciudad.

b. Sobre qué parámetros objetivos se decidirá cuáles serán entonces los autorizados para exponer ante el pleno de la Legislatura.

c. Con qué antelación y bajo qué mecanismo deberá programarse su “planteo” en el recinto.

En oportunidad de producirse la gran reforma del Reglamento operada mediante la Resolución N° 187/2002, la segunda composición de la Legislatura, que ya no contaba con un bloque mayoritario con quórum propio, dispuso la incorporación de la Disposición Transitoria 4, la cual ordena al Cuerpo que, en un tiempo perentorio de dos meses, proceda a aprobar la reglamentación del instituto de la tribuna popular. La misma cláusula transitoria expresa que esa resolución es la que dispone “la primera parte de la reforma integral” del Reglamento.

La segunda parte de la reforma integral no ha sido llevada a cabo después de catorce años de producida la primera.

Podríamos llegar a decir que se encuentran dos posiciones encontradas respecto de la reglamentación de la tribuna popular:

Una es que la Legislatura está en deuda desde su primera composición, pues no reglamentó la tribuna popular, y que su segunda composición, al haberse dado un tiempo que no cumplió, se encuentra en deuda con la población de la Ciudad, al igual que las sucesivas integraciones del Cuerpo.

La otra posición es la esbozada en este trabajo: la Legislatura, a través de todos estos años, y sobre todo desde su primera composición, ha arbitrado los mecanismos necesarios para que el pueblo pueda acercarse a los legisladores y todos los espacios puedan expresarse mediante las audiencias públicas, la iniciativa popular, el referéndum y la consulta popular, el Consejo Consultivo Comunal de cada comuna, el Consejo de Planeamiento Estratégico, las consideraciones de particulares, las reuniones (públicas) de Comisiones y Juntas, las reuniones de las mismas Comisiones y Juntas Públicas y Especiales fuera del ámbito de la Legislatura, el Foro de la Tercera Edad, el Parlamento de las Mujeres, el Foro para la Plena Integración de Residentes de Otras Nacionalidades,

el programa *La Legislatura y la Escuela* y el *Concurso jóvenes legisladores*. Por consiguiente, ha establecido los mecanismos y ámbitos necesarios, sumados al avance tecnológico (Ley N° 2996 sobre la televisación en vivo de las Sesiones de la Legislatura de la CABA), para que, desde los distintos sectores políticos, sociales, partidarios, extrapartidarios, culturales y a través de organizaciones no gubernamentales, los interesados expresen “cuál” es “el tema” que ellos consideran “de especial interés para la ciudad”, y para que, con su presencia y participación activa, serán, sin duda alguna, los “autorizados para exponerlos”.

A continuación comentaremos brevemente los incisos correspondientes a los artículos 80 a 83, según la producción legislativa de la Legislatura de la CABA.

EL ARTÍCULO 80 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CABA

La Legislatura de la Ciudad:

Inciso 1. Dicta leyes, resoluciones y declaraciones para hacer efectivo el ejercicio de los derechos, deberes y garantías establecidos en la Constitución Nacional y en la presente y toma todas las decisiones previstas en esta Constitución para poner en ejercicio los poderes y autoridades.

Oportunamente desarrollado en los puntos anteriores.

Inciso 2. Legisla en materia:

a) Administrativa, fiscal, tributaria, de empleo y ética públicos, de bienes públicos, comunal y de descentralización política y administrativa.

En cumplimiento de este artículo, la Legislatura, entre otras, ha dictado la Ley N° 471 de Relaciones Laborales de la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Empleo Público), la Ley N° 1777 de Comunas y la N° 5558, que crea la Agencia de Bienes Sociedad del Estado.

Por otra parte, ha dictado la Ley N° 52 que ha instituido el Régimen de las Herencias Vacantes, y establece la realización de los bienes y su destino.

Anualmente, en la sesión en la que trata el presupuesto, la Legislatura aprueba las modificaciones introducidas a la Ley Tarifaria y al Código Fiscal para adecuarlas a las necesidades previstas en él.

b) De educación, cultura, salud, medicamentos, ambiente y calidad de vida, promoción y seguridad sociales, recreación y turismo.

Cumplimentando este inciso se han aprobado la Ley N° 1227, marco legal para la investigación, prevención, salvaguarda, protección, restauración, promoción, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del patrimonio cultural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley de Patrimonio Cultural) y la Ley N° 2264 de creación del Régimen de Promoción Cultural, destinado a incentivar la participación privada en el financiamiento de proyectos culturales (Ley de Mecenazgo). Asimismo, la Legislatura ha dictado, en materia de salud, entre otras, la Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires N° 153 y la Ley N° 448 de Salud Mental de la Ciudad de Buenos Aires, en tanto que en materia de ambiente y calidad de vida se han aprobado las leyes N° 123 de procedimiento técnico-administrativo de evaluación de impacto ambiental (artículo 30 de la Constitución), N° 1356 sobre la regulación en materia de preservación del recurso aire y la prevención y control de la contaminación atmosférica, y la N° 1540 sobre el control de la contaminación acústica.

Con respecto a turismo y deportes, la Legislatura ha aprobado la Ley N° 600 de Turismo y la Ley N° 1624 de Deporte de la Ciudad.

c) De promoción, desarrollo económico y tecnológico y de política industrial.

Entre otras correspondientes con este inciso, la Legislatura ha aprobado las leyes N° 449 del Código de Planeamiento Urbano y N° 2216 de modificación del cuadro de usos; la N° 2972 sobre promoción de las empresas de tecnologías de la información y las comunicaciones en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Distrito Tecnológico), la N° 5235 de creación del Distrito del Deporte para la promoción de las actividades de la producción e industria deportiva, la N° 4353 sobre la creación del Distrito de las Artes y la N° 4761 sobre la creación del Distrito de Diseño.

d) Del ejercicio profesional, fomento del empleo y policía del trabajo.

Al respecto, la Ley N° 120 sobre la propensión al pleno empleo de los trabajadores que habitan la Ciudad y la promoción de las más eficientes formas de empleo, se complementa con la Ley N° 265 de las Competencias de la Autoridad Administrativa del Trabajo de la CABA (Policía

del Trabajo) sobre las funciones y atribuciones a desarrollar por la autoridad administrativa del trabajo (artículo 44 de la Constitución).

e) De seguridad pública, policía y penitenciaria.

Sobre este tema, la Ley N° 2894 de Seguridad Pública establece las bases jurídicas e institucionales fundamentales del Sistema de Seguridad Pública de la CABA, que define la seguridad pública, la prevención, la configuración y la investigación, establece que la seguridad pública es un deber propio e irrenunciable del Estado (artículo 5), crea el Sistema de Seguridad Pública (artículo 6) y encarga al Ministerio de Justicia y Seguridad la elaboración de los lineamientos generales en materia de seguridad (artículo 6) tendientes a llevar a cabo el diseño de las acciones preventivas y las tareas de control y el régimen disciplinario sancionatorio, conforme a lo establecido por el artículo 35 de la Constitución de la Ciudad. Por último, la Ley N° 1217 establece el Procedimiento de Faltas de la CABA.

f) Considerada en los artículos 124 y 125 de la Constitución Nacional.

En cuanto a las normas relativas al Poder Ejecutivo, la Convención Constituyente de la Ciudad considera el dictamen de la Comisión de Redacción y Normas de Gobernabilidad para la Transición en el proyecto del texto producido por la Comisión de Poder Ejecutivo, contenido en el Orden del día T. N° 42, cuyo despacho establece como artículo 14 –para ordenar luego– (Atribuciones y Facultades del Jefe de Gobierno) inciso 3, lo siguiente:

3) Concluye y firma los tratados, convenios y acuerdos internacionales e interjurisdiccionales en los que sea parte la Ciudad. También puede celebrar convenios con entes públicos municipales, provinciales, nacionales y extranjeros y con organismos internacionales. Y acuerdos para conformar regiones con las provincias y municipios, en todos los casos con aprobación de la Legislatura. Fomenta la instalación de sedes y delegaciones de organismos del Mercosur e internacionales de la Ciudad.

El debate parlamentario de la Constituyente, con respecto a este artículo, se centra exclusivamente en la posibilidad de otorgar al Poder Ejecutivo local la facultad para firmar convenios que pudieran, de alguna manera, obstaculizar la política exterior de la Nación.

Finalmente, la redacción aprobada fue la siguiente:

Concluye y firma los tratados, convenios y acuerdos internacionales e interjurisdiccionales. También puede celebrar convenios con entes públicos nacionales, provinciales, municipales y extranjeros y con organismos internacionales, y acuerdos para formar regiones con las Provincias y Municipios, en especial con la Provincia de Buenos Aires y sus municipios respecto del área metropolitana, en todos los casos con aprobación de la Legislatura. Fomenta la instalación de sedes y delegaciones de organismos del Mercosur e internacionales en la Ciudad.

Por consiguiente, el Poder Ejecutivo puede firmar todo tipo de convenios con la salvedad antes enunciada, en forma coincidente con las que cuentan las provincias argentinas.

g) De comercialización, de abastecimiento y de defensa del usuario y consumidor.

Con respecto a este tema son numerosas las normas que ha sancionado la Legislatura, y las más relevantes son la Ley N° 757 de Procedimiento administrativo de defensa al consumidor y la Ley N° 2870 de Procedimiento por actuaciones relacionadas a servicios públicos domiciliarios, que se complementa con la Ley N° 2963 acerca del Sistema Arbitral de Consumo. Asimismo el Poder Ejecutivo ha dictado el Decreto N° 234/01 sobre el Registro de infractores Ley N° 22802, el Decreto N° 248/01 sobre el Registro de Infractores Ley N° 24240, y el Decreto N° 2344/09 acerca del Registro de Asociaciones de Consumidores.

Por otra parte, la Legislatura ha sancionado las leyes N° 1493 de Sistema de precios al consumidor, N° 1517 sobre el Registro de entidades de medicina prepaga, N° 2792 de Información de medicina prepaga sobre Programa Médico Obligatorio. Por su parte, la primera composición de la Legislatura ha aprobado la Ley N° 104 de Acceso a la Información.

Es de destacar la trascendencia de la Ley N° 941 para la Ciudad –derogada el 3 de diciembre de 2015 por la Ley N° 5464, a su vez derogada por la Ley N° 5587 del 7 de julio de 2016, que restablece la vigencia de la N° 941–, que ha creado el Registro de Administradores de Consorcio.

Otras leyes relativas al sistema de difusión son la N° 3009 sobre Educación al Consumidor, la N° 3678 sobre Sistema de Información de Denuncias y la N° 5191 de Educación para el Consumo.

h) De obras y servicios públicos, cementerios, transporte y tránsito.

Para el desarrollo de estos temas la Legislatura ha aprobado la Ley N° 210, que creó el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos (artículo 138 de la Constitución), cuyo objeto es “ejercer el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos prestados por la Administración Central o Descentralizada o por terceros”; el Código de Tránsito y Transporte (Ley N° 2148); y la Ley N° 4977 sobre el Régimen Jurídico y Poder de Policía en Materia Mortuoria en los Cementerios (Ley de Cementerios).

i) De publicidad, ornato y espacio público, abarcando el aéreo y el subsuelo.

La Ley N° 2936 de Publicidad Exterior aprobada por la Legislatura tiene por objeto “regular las condiciones de la actividad publicitaria exterior con el fin de proteger, promover y mejorar los valores del paisaje urbano y de la imagen de la Ciudad de Buenos Aires”. Con anterioridad, la Legislatura ha dictado la mencionada Ley N° 449 sobre la aprobación del Código de Planeamiento Urbano y luego la N° 468, que llama a licitación pública para la fabricación, instalación, mantenimiento y la conservación de los elementos del mobiliario urbano a emplazar en la vía pública. Finalmente, la Ley N° 1877 se refiere a la regulación para la instalación de redes de televisión por cable.

j) En toda otra materia de competencia de la Ciudad.

Entre muchas otras materias que pueden incluirse aquí, mencionaremos a modo de ejemplo las siguientes leyes sancionadas por la Legislatura: N° 104 de Acceso a la Información, N° 305 de Acefalía, N° 740 Publicidad de los Actos Administrativos, que interpretan las normas sancionadas por el procedimiento de doble lectura (artículo 89) y N° 2996 sobre la televisación en vivo de las Sesiones de la Legislatura de la CABA.

Inciso 3. Reglamenta el funcionamiento de las comunas, de los consejos comunitarios y la participación vecinal, en todos sus ámbitos y niveles.

El 1° de septiembre de 2005 la Legislatura sancionó la Ley N° 1777 de Comunas, que establece las normas de organización, competencia y funcionamiento de las comunas de acuerdo a lo determinado en los

artículos 127 y sucesivos de la CCABA, y la Ley N° 1964 sobre el sistema de protección de la igualdad entre derechos y obligaciones cuya autoridad de aplicación son las Juntas Comunales. Este sistema consiste en la implementación de acciones positivas destinadas a la población de la Ciudad para estimular el ejercicio de una ciudadanía responsable en materia de derechos y obligaciones, de incidencia directa en las relaciones de vecindad y convivencia urbana.

Como complemento, ha aprobado la Ley N° 3574 de creación de los foros para la integración plena de los migrantes como ámbitos de participación, consulta y asesoramiento entre las colectividades de migrantes y las autoridades, para la canalización de demandas y la formulación de propuestas en materia de políticas públicas para la migración, que se desarrollan en cada comuna. A la fecha, aún no se ha sancionado la Ley de Presupuesto Participativo.

Inciso 4. Reglamenta los mecanismos de democracia directa.

Analizados en puntos anteriores.

Inciso 5. A propuesta del Poder Ejecutivo sanciona la Ley de Ministerios.

Es facultad privativa del Poder Ejecutivo presentar para aprobación de la Legislatura la Ley de Ministerios, la cual tiene como objetivo la organización de este Poder. Cada Ejecutivo ha solicitado (y finalmente ha correspondido su aprobación por el cuerpo) su propia Ley de Ministerios. Las dos últimas son la Ley N° 4013, del 17 de noviembre de 2011, y la N° 5460 del 3 de diciembre de 2015, promulgada el 9 de diciembre y publicada el 10 de diciembre de ese año, que se encuentra hoy vigente.

Inciso 6. Dicta la ley de puertos de la Ciudad.

Este es un tema de extenso debate. La mayoría de los constituyentes se ha pronunciado en el sentido de que la Legislatura no puede dictar una ley de puertos de la Ciudad, por lo tanto y en consideración a que esta no ha sido aún sancionada, dejamos planteada la inquietud sobre su correspondencia.

Inciso 7. Legisla y promueve medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato entre varones y mujeres; niñez, adolescencia, juventud, sobre personas mayores y con necesidades especiales.

Entre las medidas de acción positiva aprobadas por la Legislatura, se pueden citar la Ley N° 114 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires, que en su Título IV crea el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en el ámbito de la CABA; la Ley N° 445 de creación del Programa El Parador, casas abiertas para chicos de y en la calle; la Ley N° 474 de creación del Plan de Igualdad Real de Oportunidades y Trato entre Mujeres y Varones; y las leyes N° 2957 de creación del Plan Marco de Políticas de Derechos y Diversidad Sexual, N° 3062 sobre el derecho a ser diferente garantizado por la Constitución de la Ciudad, y N° 4376 sobre los Lineamientos de la Política Pública para los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Trans, Bisexuales e Intersexuales.

Otra ley importante sobre el tema discriminación es la N° 5261, cuyo objeto es garantizar y promover la plena vigencia del principio de igualdad y no discriminación, prevenir la discriminación en todas sus formas y sancionar y reparar los actos discriminatorios.

En 2015, la Legislatura aprobó la Ley N° 5420 de prevención y protección integral contra abuso y maltrato a los adultos mayores, y con respecto a las personas con necesidades especiales aprobó la N° 447, Ley marco de las políticas para la plena participación e integración de las personas con necesidades especiales, reglamentada en 2003.

Asimismo, la Ley N° 2894 de Seguridad Pública determina, en su Capítulo VI, artículo 50, Igualdad de Género, que el personal de la Policía Metropolitana se integra en forma proporcional de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36 de la Constitución de la Ciudad.

Inciso 8. Aprueba o rechaza los tratados, convenios y acuerdos celebrados por el Gobernador.

Con respecto a este punto, cabe preguntarnos: ¿debe el Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires enviar a la Legislatura para su aprobación todos los tratados que firma?

Hay dos normas sobre el tema en la CCABA: por un lado, el inciso aquí analizado, y por el otro, el inciso 3 del artículo 104, que con respecto a las atribuciones y facultades del Jefe de Gobierno, expresa:

Concluye y firma los tratados, convenios y acuerdos internacionales e interjurisdiccionales. También puede celebrar convenios con entes públicos nacionales, provinciales, municipales y extranjeros y con organismos internacionales, y acuerdos para formar regiones con las Provincias y Municipios, en especial con la Provincia de Buenos Aires y sus municipios respecto del área metropolitana, en todos los casos con aprobación de la Legislatura. Fomenta la instalación de sedes y delegaciones de organismos del Mercosur e internacionales en la Ciudad.

Parecería ser que claramente se desprende de estos dos artículos que todos los tratados, convenios y acuerdos celebrados por el Ejecutivo deberían ser aprobados o rechazados por la Legislatura.

En su breve historia, contamos con un solo antecedente que podría haber originado un profundo debate al respecto. Se trata de cuando, en 2005, el Poder Ejecutivo omitió enviar a la Legislatura para su aprobación varios tratados/acuerdos que, sin embargo, fueron publicados en el Boletín Oficial de la Ciudad.

A raíz de esto, el 4 de agosto de 2005 fue presentado el Proyecto 2031-D-2005, que tuvo un único giro a la Comisión de Relaciones Interjurisdiccionales. Fue despachado por la Comisión como resolución y declaración el 28 de septiembre, con tres firmas sobre siete diputados integrantes de la Comisión, se dejó constancia de ello por artículo 144 del Reglamento de la Legislatura, y se trató entonces de un Despacho en Minoría. Se remitió a la Secretaría Parlamentaria el 7 de octubre; el despacho cumplió el procedimiento normal, que va desde la publicación hasta la finalización del período de observaciones y su posterior ingreso en el Plan de Labor Parlamentaria, y fue incluido para su tratamiento por el Cuerpo en la sesión del 3 de noviembre, dentro del segmento “Despachos acordados para su tratamiento sin discusión” –esto es, se anuncian y se aprueban todos en conjunto sin debate previo–. En esa sesión fueron aprobadas las dos normas contenidas en el despacho de la Comisión: a) Resolución N° 630/2005 (Pedido de informes al Ejecutivo), entre otras cosas, para solicitar al Ejecutivo la remisión de los temas para el correspondiente análisis legislativo; y b) Declaración N° 397/2005, solicitando que el Jefe de Gobierno diera

estricto cumplimiento a los artículos 80 inciso 8 y 104 inciso 3 de la Constitución de la Ciudad.

En cuanto a la fundamentación del despacho, está sustentada en la conjunción de los dos incisos de los artículos constitucionales antes mencionados, desarrollados en los considerandos. No obstante, cabe destacar que esta introduce una arista que, entendemos, debió ser profundizada y debatida por el pleno del Cuerpo, y que, sin lugar a dudas, le hubiera dado a las dos normas aprobadas, la Resolución N° 630/2005 (Pedido de Informes al Ejecutivo) y la Declaración N° 397/2005, un matiz más trascendental. Sobre todo, porque apreciamos que la redacción de ambas normas no ha sido lo suficientemente feliz, para lo supuestamente pretendido.

El considerando en cuestión, ajeno al resto de los fundamentos, determinaba que

... este accionar (la reiterada falta de remisión de los convenios) viola las atribuciones de esta Legislatura, por lo que está acabadamente justificado el pedido de informes al respecto y una declaración de esta Legislatura rechazando este *modus operandi*, que además se enmarca en lo dispuesto en el Artículo 189 del Reglamento Interno, constituyéndose en una evidente cuestión de privilegio pues se afectan los derechos de la Legislatura colectivamente, su seguridad, dignidad y la integridad de su actuación y sus procedimientos, considerados desde la perspectiva de órgano representativo de los vecinos de la Ciudad de Buenos Aires.

En efecto, la no remisión de los convenios por parte del Ejecutivo a la Legislatura constituía una verdadera cuestión de privilegio –claramente expresada en el artículo 189 del Reglamento de la Legislatura– que el Cuerpo debería haber debatido en el recinto de sesiones, pues afectaba, tal cual lo expresa el mencionado Reglamento que conceptualiza las cuestiones de privilegio, los “derechos de la Legislatura colectivamente (...) desde la perspectiva de órgano representativo de los vecinos de la Ciudad de Buenos Aires”. Indudablemente que sí.

Por consiguiente, el proyecto debió haber sido girado (remitido para su consideración) a la Junta de Interpretación y Reglamento para que entendiera directamente en el tema, ya que es este el órgano de asesoramiento permanente que tiene como competencia exclusiva la resolución de las cuestiones de privilegio.

Inciso 9. Califica de utilidad pública los bienes sujetos a expropiación y regula la adquisición de bienes.

La Ley N° 238 determina en su artículo 1 que

La utilidad pública de un bien o de un conjunto de bienes es el fundamento de toda expropiación y comprende todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común. Se declara por una ley especial que determina el sujeto expropiante.

En cuanto a la adquisición de bienes, la Ley de Compras y Contrataciones de la Ciudad N° 2095 de 2006 establece las normas básicas, que contienen los lineamientos que debe observar el sector público de la Ciudad en los procesos de compras, ventas y contratación de bienes y servicios, y regula las obligaciones y derechos que de estos se derivan.

Inciso 10. Sanciona la ley de administración financiera y de control de gestión de gobierno, conforme a los términos del artículo 132.

La Ley N° 70 de la primera composición de la Legislatura constituye el Sistema de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público de la Ciudad.

En el Título IV: “Sistemas de Control”, Capítulo II, establece el sistema de control externo a través de la Auditoría General de la Ciudad. Con respecto a este punto, la primera composición de la Legislatura también ha sancionado la Ley N° 325, que aprueba las normas de la Auditoría General de la CABA.

Inciso 11. Remite al Poder Ejecutivo el presupuesto anual del Cuerpo para su incorporación en el de la ciudad antes del 30 de agosto.

Corresponde al Vicepresidente 1° de la Legislatura –quien ejerce su coordinación y administración de acuerdo al artículo 71 de la CCABA– la elaboración del presupuesto de la Legislatura, el cual deberá ser elevado a la Presidencia –de acuerdo al artículo 88 inciso 4 del Reglamento– para su posterior remisión al Poder Ejecutivo. Asimismo, deberá elevar anualmente, antes de la primera sesión ordinaria, un balance general y rendición de cuentas de las partidas de gastos y de inversiones del presupuesto del año anterior, para su aprobación por la Legislatura (inciso 5).

Inciso 12. Sanciona anualmente el presupuesto de gastos y recursos.

A la Legislatura concurren anualmente los distintos titulares de los poderes, Ministros, Secretarios y Subsecretarios, de los entes y los organismos a efectos de debatir sobre la parte del presupuesto que han elaborado. Es así que, durante casi un mes, se suceden las reuniones para ajustar los montos con el objetivo de llevar al recinto de sesiones el Proyecto de presupuesto, ley fundamental que, no obstante, requiere para su aprobación una mayoría simple.

La Legislatura ha aprobado, el 3 de diciembre de 2015, la Ley N° 5495 sobre Presupuesto de la Administración del Gobierno de la CABA. Cabe destacar que todos los años, en la misma sesión en que se aprueba el presupuesto, se tratan también las leyes tarifaria y fiscal.

Inciso 13. Considera la cuenta de inversión del ejercicio anterior, previo dictamen de la Auditoría.

Una vez que la mesa de entradas parlamentaria ha recibido el expediente con el Dictamen de Auditoría General de la Ciudad acerca de la Cuenta de Inversión, este es girado a la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control (JEAOC), que tiene competencia única sobre el tema, la cual produce las comunicaciones pertinentes a los legisladores y las Comisiones informando que se encuentra disponible para su consideración.

Inciso 14. Autoriza al Poder Ejecutivo a contraer obligaciones de crédito público externo o interno.

El Poder Ejecutivo remite los proyectos de ley específicos correspondientes a la generación de obligaciones de crédito público interno o externo, que deben ser despachados por la Comisión de Presupuesto, Hacienda, Administración Financiera y Política Tributaria de la Legislatura, y requieren de su posterior aprobación por el Cuerpo. En todos los casos, de acuerdo a lo determinado en el artículo 53 de la Constitución de la Ciudad, “toda operación de crédito público, interno o externo, es autorizada por ley con determinación concreta de su objetivo”.

Inciso 15. Aprueba la Ley Convenio a la que se refiere el inciso 2 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

Con respecto a este punto, la Ley N° 5603 del 4 de agosto de 2016, promulgada por Decreto N° 431 del 8 de agosto de 2016 y publicada al día

siguiente, aprobó en todos sus términos el “Acuerdo Nación - Provincias” celebrado el 18 de mayo del mismo año entre el Estado Nacional, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y los gobiernos de las provincias.

Inciso 16. Acepta donaciones y legados con cargo.

La aceptación de donaciones y legados con cargo se configura a través de proyectos de ley remitidos por el Poder Ejecutivo de la Ciudad, los cuales deben ser aprobados por la Legislatura luego de su tratamiento en las respectivas Comisiones de Asesoramiento Permanente.

Inciso 17. Crea, a propuesta del Poder Ejecutivo, entes descentralizados y reparticiones autárquicas y establece la autoridad y procedimiento para su intervención.

En cumplimiento de este precepto, por diversos proyectos de ley provenientes del Poder Ejecutivo despachados por las correspondientes Comisiones de Asesoramiento Permanente según su temática, se han creado entes descentralizados y reparticiones autárquicas en las que se establecen los mecanismos y la autoridad para su intervención.

Inciso 18. Establece y reglamenta el funcionamiento de los organismos que integran el sistema financiero de la Ciudad.

El sistema financiero de la CABA se encuentra en cabeza del Banco de la Ciudad y ha sido establecido a través de la Ley N° 1779, Carta Orgánica del Banco de la Ciudad de Buenos Aires, sancionada el 8 de septiembre de 2005, promulgada el 29 de ese mes y publicada el 6 de octubre de 2005.

Inciso 19. Regula los juegos de azar, destreza y apuestas mutuas, conforme al artículo 50.

Con respecto a la problemática de los juegos de apuesta, las normas dictadas por la Legislatura han tenido un largo debate, no sólo por su contenido sino por la implicancia del juego en los habitantes de la Ciudad. Así, la Legislatura ha aprobado la Ley N° 538 de Juegos de Apuesta y posteriormente la N° 916 sobre la creación del Instituto de Juegos de Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como ente descentralizado, que tiene a su cargo “la organización, administración, reglamentación, explotación, recaudación y control de todos los juegos de apuestas y de azar y será la autoridad de aplicación de la

Ley N° 538". El instituto tiene autonomía técnica y administrativa y autarquía financiera.

Asimismo, la Ley N° 4350 de creación del Fondo para la Promoción y Desarrollo de la Actividad Sindical de Juegos de Azar fue sancionada el 1° de noviembre de 2012, promulgada de hecho el 22 de noviembre del mismo año, publicada el 11 de enero de 2013 y reglamentada por Decreto N° 90/2013.

Inciso 20. Regula el otorgamiento de subsidios, según lo previsto en el presupuesto.

En cuanto a la concesión de subsidios, el procedimiento se encuentra reglamentado por la Ordenanza N° 23767/68 sobre subsidios y créditos a entidades de bien común, clubes deportivos y asociaciones culturales, y la Ordenanza N° 44554/90 sobre el otorgamiento de subsidios a la tercera edad. Por otra parte, la Ley N° 1575/2004 ha creado el Fondo de Emergencia para Subsidios por Inundaciones.

Inciso 21. Concede amnistías por infracciones tipificadas en sus leyes.

En cumplimiento de este precepto, la Legislatura ha aprobado leyes sobre regímenes de facilidades de pago, condonación de multas y punitivos, mediante proyectos presentados por el Poder Ejecutivo. Por otra parte, ha condonado deudas de personas físicas o jurídicas a partir de proyectos presentados por legisladores.

Con respecto a la condonación de deudas, la Resolución S. H. y F. N° 4480/04 establece el formulario de las solicitudes de acogimiento para las liberalidades previstas en el artículo 118 del Código Fiscal (T. O. 2004), a efectos de la realización del trámite para la posterior homologación de la Legislatura. Asimismo, en el Anexo I del Régimen de Faltas de la Ciudad, Título II, artículo 14, se determina la extinción de la acción por amnistías concedidas por la Legislatura.

Inciso 22. Convoca a elecciones cuando el Poder Ejecutivo no lo hace en tiempo debido.

Esta previsión ha sido incluida en el supuesto en que el Jefe de Gobierno no lo haga, circunstancia por demás impropia en el proceso democrático que vivimos desde 1983 a la fecha, que a la postre resulta ser el más largo sin revoluciones ni golpes de Estado que interrumpen el orden democrático de la breve historia de nuestra Argentina.

Inciso 23. Recibe el juramento o compromiso y considera la renuncia de sus miembros, del Jefe y del Vicejefe de Gobierno y de los funcionarios que ella designe. Autoriza licencias superiores a treinta días al Jefe y al Vicejefe de Gobierno.

Estas atribuciones otorgadas por la Constitución a la Legislatura resultan lógicas en virtud de que: a) los miembros de la Legislatura prestan juramento ante el Cuerpo constituido en oportunidad de las sesiones preparatorias o en caso de renuncia o fallecimiento, quienes se incorporan lo hacen ante la Legislatura en una sesión ordinaria, especial o extraordinaria y, como tal, esta debe considerar la renuncia de cada uno de sus miembros. Cabe recordar que el artículo 73 de la Constitución de la Ciudad determina, en su inciso a, que la función de diputado es incompatible con el ejercicio de cualquier empleo o función pública nacional, provincial o de la Ciudad; b) el titular del Poder Ejecutivo no puede autoconcederse licencias por un período de tiempo que exceda los treinta días ni prestar juramento ante sí mismo; y c) se consideran en el inciso las figuras del Vicejefe de Gobierno, a la sazón su Presidente, y los funcionarios designados por la Legislatura para que presten juramento ante ella.

Inciso 24. Otorga los acuerdos y efectúa las designaciones que le competen, siguiendo el procedimiento del artículo 120.

Con respecto a este punto, la Legislatura debe designar o prestar los siguientes acuerdos según lo establecido en la Constitución de la Ciudad:

- Artículo 55: Por mayoría absoluta de sus miembros, a propuesta del Poder Ejecutivo, presta acuerdo para las designaciones del Presidente, Vicepresidente, Vocales y Síndico del Banco de la Ciudad de Buenos Aires.
- Artículo 111: Por dos tercios de sus miembros presta acuerdo para la designación de los miembros del Tribunal Superior de Justicia, propuestos por el Poder Ejecutivo.
- Artículo 111: Por el voto de las dos terceras partes de sus miembros designa al Defensor del Pueblo y los Defensores Adjuntos.
- Artículo 115: Por el voto de las dos terceras partes de sus miembros designa a sus tres representantes ante el Consejo de la Magistratura.

- Artículo 118: Por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros designa a los jueces, a propuesta del Consejo de la Magistratura, y a los funcionarios del Ministerio Público.
- Artículo 126: Por el voto de las dos terceras partes de sus miembros presta acuerdo para la designación del Fiscal General, el Defensor General y el Asesor General de Incapaces, a propuesta del Poder Ejecutivo.
- Artículo 134: El Procurador General es designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura.
- Artículo 139: A propuesta del Poder Ejecutivo la Legislatura designa al Presidente del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos. Los otros cuatro miembros del Directorio son designados por la Legislatura garantizando la pluralidad en la representación. Los cinco son designados por mayoría absoluta del total de sus miembros.
- Por mayoría absoluta de sus miembros designa a los siete miembros de la Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Inciso 25. Regula la organización y funcionamiento de los registros: de la Propiedad Inmueble, de Personas Jurídicas y del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad y todo otro que corresponda.

A la fecha los registros mencionados en el inciso continúan bajo la órbita de la Nación. No obstante, la Ley N° 594 modificatoria de la N° 451 ha creado el Registro de Antecedentes de Tránsito de la Ciudad de Buenos Aires en el ámbito del Poder Ejecutivo, Secretaría de Justicia y Seguridad, que coordina su actividad con los Registros Nacionales de Antecedentes de Tránsito y de la Propiedad del Automotor, dependientes del Poder Ejecutivo Nacional.

Inciso 26. Nombra, dirige y remueve a su personal.

De acuerdo a lo determinado en el artículo 76 de la CCABA, la Legislatura nombra a su personal por concurso público y abierto. En cumplimiento de este artículo, durante la primera composición de la Legislatura, se llevó a cabo el único concurso bajo esas características, con el objetivo de designar parte de la planta permanente. El Vicepresidente 1° de la Legislatura tiene a su cargo esta atribución dada en el

inciso 6 del artículo 88 del Reglamento: “Designar todas las empleadas y los empleados de la Legislatura cuyo nombramiento no está regulado de otro modo en este Reglamento”.

La Legislatura también cuenta con personal transitorio designado por el Vicepresidente 1º a pedido de los legisladores, para conformar su despacho y equipo de asesores de Comisiones y Juntas y asesores de los bloques políticos, que cesan en su cargo cuando termina el mandato del legislador o desaparece el bloque.

Inciso 27. Aprueba la memoria y el programa anual de la auditoría general, analiza su presupuesto y lo remite al Poder Ejecutivo para su incorporación al de la Ciudad.

La Auditoría General de la Ciudad remite anualmente a la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control (JEAOC) la Memoria y el Plan Anual de la Auditoría General para que la Junta produzca el despacho correspondiente de resolución, para ser sometido a consideración del Cuerpo.

En cuanto al presupuesto de la Auditoría General, la Legislatura debe remitirlo al Poder Ejecutivo para su inclusión en el de la Ciudad.

EL ARTÍCULO 81 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CABA

Con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros:

1. Dicta su reglamento.

Analizado anteriormente.

Inciso 2. Sanciona los Códigos Contravencional y de Faltas, Contencioso Administrativo, Tributario, Alimentario y los Procesales, las leyes general de educación, básica de salud, sobre la organización del Poder Judicial, de la mediación voluntaria y las que requiere el establecimiento del juicio por jurados.

Código Contravencional: la Ley Nº 10, del 9 de marzo de 1998, promulgada el 12 y publicada el 15 del mismo mes y año, expresa en su artículo 1 que “El Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires como Código de Convivencia sanciona las conductas que, por acción u omisión, implican daño o peligro cierto para los bienes jurídicos individuales o colectivos”. Y en su artículo 3, que

En la aplicación de este Código se observan todos los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución de la Nación, en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los Tratados de Derechos Humanos que forman parte de la Constitución Nacional en virtud de lo establecido por ella en su artículo 75 inciso 22, y en los demás Tratados ratificados por la Nación.

Nótese que recién en este artículo el legislador menciona que se trata de un código, precisamente del Código Contravencional.

La Ley especial N° 255 de septiembre del 99 determina que “Son contravenciones de juego las conductas tipificadas en la presente ley especial”.

Ambas leyes son posteriormente derogadas por la Ley N° 1472, que aprobó el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, vigente en la actualidad, así como la Ley N° 12 sobre el Procedimiento Contravencional.

Con respecto al Código de Procedimiento de Faltas, la Ley N° 451/2000 aprobó el Régimen de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, y su ley correspondiente es la Ley N° 1217, que establece el Procedimiento de Faltas de la CABA.

La Ley N° 189/99 aprobó el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y no existe a la fecha una Ley de Educación de la Ciudad ni Ley de Juicios por Jurados, a pesar de haberse presentado decenas de proyectos al respecto a lo largo de los años de constituida la Legislatura.

En su primera conformación, la Legislatura ha aprobado la Ley Básica de Salud N° 153. Finalmente, ha sido esa primera Legislatura la que ha aprobado la Ley N° 7 de Organización del Poder Judicial.

En cuanto a la mediación voluntaria, existen diversas leyes que regulan sobre la materia. A modo de ejemplo citaremos la N° 3055, que crea el sistema integral de mediación escolar.

La Ley N° 2303/2007 ha aprobado el Código Procesal Penal de la Ciudad y la Ley N° 2451/2007 ha aprobado el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad.

En cuanto al Código de Tránsito y Transporte, ha sido aprobado por la Ley N° 2148/2006.

Inciso 3. Aprueba y modifica los Códigos de Planeamiento Urbano, Ambiental y de Edificación.

Como mencionamos oportunamente, la Ley N° 449 ha aprobado el Código de Planeamiento Urbano, y son numerosas las leyes que lo han modificado parcialmente. En cuanto al Código Ambiental, como expresáramos en el inciso b del artículo 80, en materia de ambiente y calidad de vida se han aprobado las leyes N° 123 de procedimiento técnico-administrativo de evaluación de impacto ambiental (artículo 30 de la Constitución), N° 1356 sobre la regulación en materia de preservación del recurso aire y la prevención y control de la contaminación atmosférica, y N° 1540 sobre el control de la contaminación acústica. Asimismo, se encuentran vigentes varias leyes nacionales que regulan la materia y establecen presupuestos mínimos. En la Legislatura, por otra parte, ya han perdido estado parlamentario los últimos proyectos presentados para aprobar el Código Ambiental.

En cuanto al Código de Edificación, se mantiene vigente la Ordenanza N° 34421, que también ha sido parcialmente modificada en reiteradas oportunidades.

Inciso 4. Sanciona, a propuesta del Poder Ejecutivo, el Plan Urbano Ambiental de la Ciudad.

Con respecto al Plan Urbano Ambiental, se encuentran vigentes la Ley N° 71 de creación del Consejo del Plan Urbano Ambiental (COPUA), con competencias en ordenamiento territorial y ambiental de acuerdo a lo establecido en los artículos 27, 29 y 104 inciso 22 de la Constitución; y la Ley N° 2930 que constituye el Plan Urbano Ambiental, ley marco a la que deben ajustarse las obras urbanísticas y públicas de la Ciudad.

Inciso 5. Crea organismos de seguridad social para empleados públicos y profesionales.

Corresponde a la Comisión de Legislación General el tratamiento de estos proyectos, que a la fecha no se han producido en el ámbito legislativo.

Inciso 6. Aprueba los acuerdos sobre la deuda de la Ciudad.

En forma análoga a temas anteriormente analizados, el Poder Ejecutivo envía los proyectos de ley para que la Legislatura de la Ciudad,

luego del correspondiente despacho de la Comisión respectiva, considere en el recinto la ley de cada acuerdo en particular.

Inciso 7. Impone nombres a sitios públicos, dispone el emplazamiento de monumentos y esculturas y declara monumentos, áreas y sitios históricos.

Con el crecimiento de la Ciudad y los nuevos barrios, son numerosos los proyectos que se han presentado para denominar las calles, así como las plazas y plazoletas.

La Ley N° 83 establece que toda imposición de nombres relacionados con la nomenclatura urbana será establecida de acuerdo a lo estipulado en el artículo 81, inciso 7 y los artículos 89 y 90 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Previo a ello, la Legislatura de la Ciudad debe consultar con la Comisión Permanente de Nomenclatura Urbana creada por la Ordenanza N° 48725/94.

La Ley N° 1206 del 27 de noviembre de 2003 declara Patrimonio Histórico a todas las denominaciones, con normativa oficial o no, anteriores a la Ordenanza del 28 de octubre de 1904, de manera tal que no puede ser sustituida total o parcialmente por otra denominación. Tampoco podrán ser adicionados nombres de “fantasía”, aunque no la sustituyan.

Inciso 8. Legisla en materia de preservación y conservación del patrimonio cultural.

La Ley N° 1227 de 2003, Patrimonio Cultural de la Ciudad, como expresáramos, tiene por objeto establecer el “marco legal para la investigación, prevención, salvaguarda, protección, restauración, promoción, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Cultural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. Así, las leyes específicas que sancione la Legislatura referidas a esta materia deben ajustarse a esta ley.

Inciso 9. Impone o modifica tributos.

Anualmente, la Legislatura aprueba la Ley Tarifaria y las modificaciones correspondientes al Código Fiscal, que también son despachadas por la Comisión Presupuesto, Hacienda, Administración Financiera y Política Tributaria de la Legislatura. Esto se lleva a cabo en la misma sesión en que se aprueba el presupuesto de la Ciudad, con el que tienen relación directa.

EL ARTÍCULO 82 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CABA

Con la mayoría de los dos tercios del total de sus miembros:

Inciso 1. Aprueba los símbolos oficiales de la Ciudad.

Hasta el momento no se han dado los casos previstos en el inciso. Entendemos que no correspondería que modifiquen los símbolos que han sido patrimonio de los porteños desde hace muchas décadas y con los cuales nos sentimos identificados.

Inciso 2. Sanciona el Código Electoral y la ley de los partidos políticos.

Estos temas todavía se encuentran pendientes, a pesar de haberse debatido numerosos proyectos en la Comisión de Asuntos Constitucionales. No obstante, la Legislatura sancionó la Ley N° 268 el 4 de noviembre de 1999 sobre la normativa a la que deberán ajustarse los partidos políticos, confederaciones, alianzas y candidatos a cargos electivos, campañas electorales, los gastos de campaña, el aporte público y privado, el control de los aportes y gastos y las sanciones.

Inciso 3. Sanciona la ley prevista en el artículo 127 de esta Constitución. Interviene las comunas cuando existiere causa grave; el plazo de intervención no puede superar en ningún caso los noventa días.

En cumplimiento de lo ordenado en el artículo 127, la Ciudad ha aprobado la Ley N° 1777 de Comunas y ha desarrollado en su Título VIII “Intervención de las Comunas”, en los artículos 44, 45 y 46, todo lo referente al mecanismo de la intervención a las comunas.

Inciso 4. Aprueba transacciones, dispone la desafectación del dominio público y la disposición de bienes inmuebles de la Ciudad.

Nuevamente, el Poder Ejecutivo ha presentado y la Legislatura ha aprobado numerosas leyes sobre desafectación del dominio público. En varias de ellas, la Legislatura ha incluido la afectación específica de lo producido a favor del Ministerio de Educación, de manera tal que no se produzca su ingreso a rentas generales.

Inciso 5. Aprueba toda concesión, permiso de uso o constitución de cualquier derecho sobre inmuebles del dominio público de la Ciudad, por más de cinco años.

La Ley N° 3399 regula el procedimiento para el otorgamiento de permiso de uso precario de los inmuebles de dominio público y privado de la Ciudad de Buenos Aires refiriéndose a diversos artículos del Código Civil de la Nación derogado el 1° de agosto de 2015.

Inciso 6. Disuelve entes descentralizados y reparticiones autárquicas.

Del mismo modo que los crea, la Legislatura tiene la potestad natural para disolverlos.

EL ARTÍCULO 83 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CABA

La Legislatura puede:

Inciso 1. Requerir la presencia del Gobernador, de los ministros y demás funcionarios del Poder Ejecutivo, y de cualquier funcionario que pueda ser sometido a juicio político. La convocatoria debe comunicar los puntos a informar o explicar y fijar el plazo para su presencia. La convocatoria al Jefe de Gobierno y a los jueces del Tribunal Superior procede con mayoría de dos tercios del total de sus miembros.

El Título XXIII del Reglamento establece en forma bastante confusa el procedimiento formal para la comparecencia Jefe de Gobierno, sus ministros y los secretarios del Poder Ejecutivo, en las sesiones de la Legislatura.

Previamente debemos aclarar que el artículo 278 del Reglamento de la Legislatura incluye erróneamente al Jefe de Gobierno dentro de los funcionarios que pueden ser citados a comparecer ante el pleno o ante las Comisiones de Asesoramiento Permanente o Juntas a través de una Resolución aprobada por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros (31), contrariando lo expresamente indicado por el inciso 1 del artículo 83 de la Constitución de la Ciudad, que requiere dos tercios del total de sus miembros.

Hecha esta salvedad, cabe acotar que, independientemente de este procedimiento formal, los mencionados pueden asistir a cualquier sesión y tomar parte en el debate, pero sin derecho a voto y que, en igua-

les condiciones, pueden concurrir a las Comisiones de Asesoramiento Permanente y Juntas de la Legislatura.

Retomando el procedimiento formal incorporado en el Título XXIII podemos entonces distinguir dos situaciones:

a. En el caso de ser citado por la Legislatura por medio de resolución votada por la mayoría absoluta del total de los miembros, el funcionario, ministro o secretario, debe concurrir al pleno o a la Comisión de Asesoramiento Permanente o Junta.

b. En el supuesto de no obtener la mayoría absoluta, puede ser suplido por un informe por escrito, encuadrándose entonces en el mecanismo que será analizado posteriormente, cuando nos refiramos a los pedidos de informes.

En los hechos, el procedimiento tiene las siguientes características:

a. El pedido de sesión especial a efectos de la comparecencia del ministro o funcionario ante el pleno de la Legislatura: con la firma de un tercio de los legisladores se solicita una sesión especial a efectos de que comparezca el ministro o funcionario ante el Cuerpo constituido en el recinto de sesiones.

Esto normalmente conlleva a una puja entre los bloques políticos, ya que los oficialismos ven la concurrencia de un funcionario propio ante el pleno como una señal de debilidad política, por lo tanto no prestan quórum para que la sesión se realice, a la vez que instruyen al funcionario para que no concurra. Por otra parte, las oposiciones le dan a la concurrencia de los ministros o secretarios al recinto un viso de triunfo y justificación de la posición esgrimida, y más aún, de debilidad política del gobierno de turno.

Solamente en una oportunidad ha concurrido un ministro al recinto en las siguientes circunstancias: pedida una sesión especial por la oposición (es necesaria la firma de veinte legisladores), el oficialismo no dio quórum para la realización de la sesión especial citada al efecto, que no pudo realizarse; minutos después de caída la sesión especial, el ministro concurrió a otra sesión especial, esta vez citada por el bloque oficialista, en la cual también se hicieron presentes los bloques opositores.

b. Pedido de citación a los ministros o secretarios a una sesión especial o pedido de informes que se transforma en una Reunión Espe-

cial de una Comisión de Asesoramiento Permanente o Junta: cuando existe un tema de especial relevancia que implique la incumbencia de algún funcionario, en la reunión de Labor Parlamentaria un bloque opositor plantea a través del pedido de votación de un proyecto sobre tablas la necesidad de concurrencia del ministro o funcionario al pleno, o un pedido de informes, que requerirán de los dos tercios de los diputados representados en Labor para ser aprobado.

La cuestión de la votación para lograr la convocatoria es entonces suplida con el acuerdo del oficialismo de turno por una Reunión Especial de la o las Comisiones de Asesoramiento Permanente, que tienen como competencia específica el tema objeto de la convocatoria, con la presencia del funcionario. En estos casos, como sabemos, las reuniones públicas especiales son meramente informativas y la Comisión no puede despachar en la oportunidad sobre el tema objeto del debate.

Sin embargo, los legisladores tienen la oportunidad de solicitar personalmente al funcionario que concurre a la reunión los informes correspondientes a los hechos que han generado la presentación del proyecto y, cuando este responde, pueden repreguntar sobre los temas relacionados con dichos informes. Finalizada la reunión, cualquier legislador puede presentar otro proyecto para que el Ejecutivo o el mismo funcionario que se ha hecho presente, responda sobre los puntos que considere que no hayan quedado totalmente esclarecidos o respondidos.

La concurrencia del Jefe de Gabinete de Ministros a la Legislatura para rendir informe no se encuentra establecida por la Constitución de la Ciudad, como sí en el orden nacional, no obstante lo cual la Legislatura ha determinado a través del artículo 31 de la Ley N° 2506 (Ley de Ministerios), sancionada el 8 de noviembre de 2006, la obligatoriedad de la concurrencia a dos sesiones informativas en la Legislatura del Ministro Coordinador o Jefe de Gabinete de Ministros, a celebrarse en los meses de junio y noviembre, para informar sobre la marcha del Plan General de Acción del Gobierno.

En cumplimiento de ese precepto, la Legislatura ha aprobado la Resolución N° 16/2008, que reforma su Reglamento introduciendo el Capítulo XXIV, en el cual, en su artículo 286, dispone que

Se denomina sesión informativa del Ministro Coordinador o Jefe de Gabinete de Ministros a la sesión en que este concurre ante la Legislatura

de la ciudad a efectos de cumplimentar lo dispuesto en el Artículo 31, Título IX, Disposiciones Complementarias de la Ley N° 2506.

En el capítulo se articula el procedimiento que se debe seguir cuando el Jefe de Gabinete concorra a la Legislatura. Cabe destacar que la Ley N° 2506 ha sido derogada por el artículo 41 de la Ley N° 4013 de 2011 (Ley de Ministerios), sin embargo la obligación persiste y se encuentra ahora en el artículo 35 de la mencionada norma.

Continuando con el procedimiento establecido en el Reglamento, el artículo 287 expresa que siete días antes de su exposición, el Jefe de Gabinete debe hacer llegar, a través de la Vicepresidencia 1° de la Legislatura, un escrito con los temas a exponer, pudiendo los bloques políticos “ampliar, requerir y solicitar los informes que consideren oportunos” hasta dos días antes de llevarse a cabo la sesión, en la cual deberán ser respondidos.

El Jefe de Gabinete dispondrá de una hora para realizar su exposición, y puede estar asistido por otros ministros, funcionarios y asesores (artículos 289 y 288). Los bloques, a su vez, podrán disponer de 140 minutos distribuidos proporcionalmente por un acuerdo de Labor Parlamentaria en virtud de la cantidad de diputados que los conformen, y cada bloque tiene un mínimo de cinco minutos para su exposición. El Jefe de Gabinete dispondrá de veinte minutos para responder a las cuestiones formuladas por cada uno de los bloques.

Cabe destacar que se trata de una sesión especial informativa y no puede votarse ninguna resolución de la Legislatura. Desde su implementación en 2007 se ha venido desarrollando normalmente y, en caso de preguntas adicionales de los legisladores al Jefe de Gabinete, este ha respondido remitiendo los informes correspondientes por escrito en los días posteriores a la realización de la sesión.

Cerrando el capítulo, el artículo 290 expresa que no serán de aplicación supletoria ni analógica a este procedimiento las disposiciones del Título XXIII del Reglamento de la Legislatura, referente a la presencia del resto de los funcionarios allí detallados.

Inciso 2. Crear comisiones investigadoras sobre cualquier cuestión de interés público. Se integra con diputados y respeta la presentación de los partidos políticos y alianzas.

En cuanto a la creación de Comisiones Especiales Investigadoras el Reglamento, ya antes adelantado, ha determinado la conformación de la que, según entendemos, es una Comisión Permanente del Cuerpo –ya que debe asesorarlo a través de su correspondiente dictamen (despacho)– denominada “Comisión Investigadora” en los artículos 55 y sucesivos y en el artículo 64 del Reglamento de la Legislatura. Si bien esta Comisión, en principio, tiene carácter interno, tiene la facultad, según lo determina el artículo 58, de:

... llamar a declarar a todos los miembros del Cuerpo, a su personal y a los particulares cuyas declaraciones o aclaraciones considere necesarias para la investigación, así como realizar todos aquellos trámites y gestiones que tengan relación con el asunto encomendado, garantizando el derecho de defensa del o los imputados.

Asimismo, el artículo 60, referido a la presunción de veracidad, expresa que

... cuando haya presunción de veracidad de los actos imputados en la denuncia, la Legislatura remite los antecedentes reunidos a la Justicia Penal y obra de conformidad con lo previsto en el artículo 79 de la Constitución de la Ciudad.

El referido artículo 79, expresa que

... la Legislatura, con el voto de las dos terceras partes de sus miembros puede suspender o destituir a cualquiera de sus miembros por conducta grave en el ejercicio de sus funciones o procesamiento firme por delito doloso de acción pública. En cualquier caso debe asegurarse el previo ejercicio al derecho de defensa.

Aunque, como indicamos arriba, estos artículos están referidos a las investigaciones de carácter interno que puede realizar esa específica Comisión Investigadora, conjugados con el artículo analizado podemos determinar claramente que las Comisiones Investigadoras que puede crear la Legislatura sobre cualquier cuestión de interés público tienen la facultad de llamar a declarar a particulares y realizar todos los trámites y gestiones que tengan relación con el asunto encomendado,

con la salvedad de garantizar el derecho a ser oído por los requeridos. Por otra parte, y en caso de presunción de veracidad de los actos investigados, deberá dar inmediato traslado, junto con los antecedentes del caso, a la Justicia penal para que resuelva, y pueda asimismo continuar con las investigaciones correspondientes sin interferir con la Justicia.

Resulta particularmente difícil el cumplimiento de la segunda parte del inciso 3 ya que en un cuerpo como la Legislatura, que a partir de su tercera composición ha llegado a tener de diez a catorce bloques políticos, es de difícil cumplimiento que todos ellos puedan encontrarse representados en cada una de las Comisiones Investigadoras que se han creado. A pesar de esto, la solución dada, a nuestro juicio muy acertada, ha sido unificar la representación de bloques minoritarios para mantener la proporcionalidad requerida en la conformación de las Comisiones, como se hace normalmente con las otras Comisiones de Asesoramiento Permanente que asesoran al Cuerpo.

Inciso 3. Solicitar informes al Poder Ejecutivo.

Como expresáramos en oportunidad de analizar el punto correspondiente a la aprobación o rechazo de los tratados, convenios y acuerdos celebrados por el Gobernador (artículo 80 inciso 8), a nuestro entender, la falta de respuesta reiterada del Ejecutivo a los pedidos de informes solicitados por la Legislatura importaría una cuestión de privilegio que afectaría los “derechos de la Legislatura colectivamente (...) desde la perspectiva de órgano representativo de los vecinos de la Ciudad de Buenos Aires”.

Ahora bien, procederemos entonces a analizar el mecanismo previsto en la Legislatura para que el Poder Ejecutivo dé respuesta a los pedidos de informes que se encuentran enmarcados en este inciso.

Cuando analizamos el artículo 178 del Reglamento, expresamos que los pedidos de informes al Poder Ejecutivo deben ser realizados a través de un proyecto de resolución que debe seguir el trámite parlamentario, es decir, presentación en la mesa de entradas, remisión a una Comisión o Junta, Despacho de Comisión y período de observaciones y finalmente su tratamiento en el recinto. También debemos considerar la posibilidad de una preferencia o el tratamiento sobre tablas en el recinto de sesiones, ya que, finalmente, el pedido debe ser votado por el Cuerpo.

Entonces pueden darse dos posibilidades: la primera, realizar todo el procedimiento parlamentario antes indicado, y la segunda, intentar que el responsable del área concurra a la Legislatura a dar su informe verbal ante la Comisión de Asesoramiento o Junta respectiva sobre el tema objeto del proyecto antes de que se produzca la votación del pedido.

Desde el Reglamento original, la Legislatura ha previsto que el pedido de informes debe llevar en su articulado la fecha término en que debe responder el Ejecutivo, de manera tal de poder así merituar si efectivamente tiene la intención de responder, ya que existen pedidos de informes que requieren para su respuesta basarse en las comunicaciones con distintas áreas del Ejecutivo y, por consiguiente, se produce una natural demora en la elaboración de una respuesta integral.

En la Legislatura se acostumbra otorgar al Poder Ejecutivo “treinta días a partir de la recepción del presente”, dado que puede suceder que una resolución con un pedido de informes sea votada en una sesión muy complicada y extensa, que requeriría una demora extra en la verificación de la versión taquigráfica y por consiguiente, podría retrasarse en el envío al Ejecutivo. Ejemplo de ello son los pedidos de informes aprobados en las últimas sesiones del año, en las que seguramente se tratan temas como el presupuesto y otras leyes que requiere el Ejecutivo.

Recibida la respuesta del organismo correspondiente, la Secretaría Parlamentaria remite a la Comisión despachante el expediente, a efectos de que el autor de la norma preste conformidad sobre lo informado.

Con respecto a este punto, la Ley N° 2245/2006, sancionada el 14 de diciembre de 2006 y promulgada el 22 de enero de 2007, cuyo título es Respuestas del Poder Ejecutivo a los Pedidos de Informes de la Legislatura, expresa en su articulado que “las respuestas del Poder Ejecutivo a los pedidos de informes enviados por la Legislatura deben ser acompañadas del soporte digital correspondiente”, y que

... la información contenida en dicho soporte será incorporada al sitio de Internet de la Legislatura para conocimiento y consulta de todos los Diputados y de la población en general.

Independientemente de ello, ha sucedido en varias oportunidades que el autor de la norma o la Comisión despachante en particular no se encuentra satisfecha con la respuesta dada, o que de las respuestas brindadas surgen nuevas preguntas por responder y, por consiguiente, se

formula un nuevo proyecto por algún legislador, o por el mismo autor, a efectos de solicitar que el Ejecutivo aclare o complete las preguntas solicitadas. En este caso, el nuevo pedido de informes sigue el mismo trámite que el anterior.

EL ARTÍCULO 84 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CABA

La Legislatura no puede delegar sus atribuciones.

El tema de la delegación legislativa ha motivado innumerables páginas en los prestigiosos libros de los no menos prestigiosos constitucionalistas argentinos, por este motivo y en atención a la brevedad del trabajo presentado, simplemente expresaremos que, según nuestra apreciación, la Legislatura debe basarse en tres pilares fundamentales respecto a esta manda constitucional: primero, la Legislatura debe legislar bien y criteriosamente; segundo, debe controlar eficazmente los alcances de la reglamentación de las leyes que realiza el Poder Ejecutivo, así como cualquiera de sus departamentos; tercero, la Legislatura debe procurar que el Poder Ejecutivo reglamente las leyes que ella ha aprobado, de manera tal de que no se produzca un veto por falta de reglamentación de la ley. De esa forma no estará delegando sus atribuciones.

Capítulo Tercero Sanción de las leyes

Artículo 85

Las leyes tienen origen en la Legislatura a iniciativa de alguno de sus miembros, en el Poder Ejecutivo, en el Defensor del Pueblo, en las Comunas o por iniciativa popular en los casos y formas que lo establece esta Constitución.

Artículo 86

Sancionado un proyecto de ley por la Legislatura pasa sin más trámite al Poder Ejecutivo para su promulgación y publicación. La fórmula empleada es: "La Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sanciona con fuerza de ley...".

Se considera promulgado por el Poder Ejecutivo todo proyecto de ley no vetado en el término de diez días hábiles, a partir de la recepción.

Las leyes se publican en el Boletín Oficial dentro de los diez días hábiles posteriores a su promulgación. Si el Poder Ejecutivo omite su publicación la dispone la Legislatura.

Artículo 87

El Poder Ejecutivo puede vetar totalmente un proyecto de ley sancionado por la Legislatura expresando los fundamentos. Cuando esto ocurre el proyecto vuelve a la Legislatura, que puede insistir con mayoría de dos tercios de sus miembros, en cuyo caso el texto es ley. Si no se logra la mayoría requerida, el proyecto no puede volver a considerarse en ese año legislativo.

Artículo 88

Queda expresamente prohibida la promulgación parcial, sin el consentimiento de la Legislatura. El Poder Ejecutivo puede vetar parcialmente un proyecto de ley, en cuyo caso el proyecto vuelve íntegramente a la Legislatura, que puede aceptar el veto con la misma mayoría requerida para su sanción o insistir en el proyecto original con mayoría de dos tercios de sus miembros.

EL PROCEDIMIENTO GENERAL PARA LA SANCIÓN DE LEYES EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Por Luciano Leandro H. Rinaldi

INTRODUCCIÓN

El análisis del proceso de formación de leyes resulta indispensable para cualquier Estado de Derecho, en donde las normas son las únicas que determinan los límites, alcances y lineamientos generales del gobierno.

Mucho se ha escrito acerca del carácter supremo de la Constitución. Varias justificaciones –y críticas– se ocuparon del tema, con dispar claridad y solvencia. Considero que la más prudente y evidente de las explicaciones acerca de la supremacía constitucional es aquella que García-Pelayo ensayara al hablar de las *tipologías constitucionales*.

Efectivamente, para el reconocido jurista español, un sistema Constitucional de tipo racional normativo es un sistema de normas donde, en un mismo momento y texto, se establecen las funciones fundamentales del Estado, sus competencias y las relaciones de sus instituciones entre ellas y con el ciudadano.¹

De allí deriva que la Constitución es la norma suprema: es la que contiene y regula ese sistema, el mecanismo a través del cual se van a sancionar las leyes, y el contenido de las leyes, cuyo límite serán los derechos de los ciudadanos, entre los que debemos incluir los procesos legislativos y de toma de decisiones.

La Constitución es suprema, por lo tanto, porque establece *cómo* se va a gobernar, fijando *cuál* debe ser el contenido de las leyes y *cómo* es que estas se hacen. Y al ser el republicano un gobierno de la ley —en oposición al gobierno de los hombres—, estudiar este procedimiento resulta indispensable.

Enseña Bidart Campos que el proceso legislativo de formación de las leyes consta de tres etapas o fases: la iniciativa o formulación del proyecto; la constitutiva o de sanción del proyecto; y la de eficacia, o de promulgación y publicación de la ley.²

En la Constitución porteña, la iniciativa legislativa puede provenir de una multiplicidad de órganos políticos así como también de la ciudadanía, a través de la llamada iniciativa popular. Será la legitimación para la formulación de un proyecto el primero de los puntos a analizar en este artículo.

Seguidamente, nos referiremos a los procesos de sanción y promulgación legislativa. Cabe decir que lo tratado en este acápite dejará de fondo las cuestiones especiales del proceso de sanción, como por ejemplo el mecanismo de doble lectura, que se aborda por separado en el artículo 90. Por ello es que la denominación elegida para este artículo es el de *Procedimiento general para la sanción de leyes*, ya que las cuestiones particulares son tratadas separadamente.

1. García-Pelayo y Alonso, Manuel, *Derecho Constitucional comparado*, Madrid, Alianza, reimpresión de la 7ª edición de 1961, 1984, pp. 33-53.

2. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998, pp. 140-141.

Finalmente, nos referiremos al Poder de veto y la Promulgación parcial, dos temas que se han incluido entre las características de los llamados hiperejecutivismos, que nuestra Constitución porteña resuelve con practicidad y sentido democrático.

La metodología elegida para la redacción es la usual en este tipo de obras: una descripción detallada del instituto, un análisis de sus características y, generalmente, una comparación con la Constitución Nacional.

Al ser cada artículo parte de un proceso sistémico e intervencional entre ellos, preferí una redacción general que englobara el procedimiento por sobre la más tradicional práctica de comentar artículo por artículo.

INICIATIVA LEGISLATIVA

El artículo 85 describe la iniciativa en materia legislativa. En ese sentido, la fórmula adoptada se encuentra en sintonía con lo prescripto por la Constitución Nacional, al dotar a los miembros de la legislatura, al Poder Ejecutivo local y al pueblo en general, a través de la iniciativa popular, de la posibilidad de presentar proyectos de ley ante la Legislatura.

A nivel comparativo con el texto nacional, el aspecto novedoso –propio del momento constitucional porteño– se da en la equiparación en un mismo artículo de la iniciativa correspondiente a los poderes políticos, que la Carta Magna nacional establece en el artículo 77, con el de la iniciativa popular, prevista en el artículo 39. De esta manera, la Constitución porteña refuerza la impronta participativa, democrática y deliberativa otorgada a la ciudadanía a lo largo de toda su redacción.

Con respecto al Poder Ejecutivo, la habilitación para la iniciativa legislativa se repite en el artículo 102, dentro de las atribuciones y deberes del Poder Ejecutivo, mientras que el artículo 100 establece la exclusividad de ella en cabeza del Jefe de Gobierno para la presentación de la ley especial que establecerá el número y competencias de los ministerios que compondrán su gabinete.

Va de suyo que, basado en los principios republicanos de separación de poderes, la designación y remoción de los titulares de las Carteras ministeriales es una función privativa del Ejecutivo. Sin embargo,

el constituyente porteño prefirió establecer inequívocamente esta prerrogativa, dejando salvaguardada en una misma redacción que la iniciativa legislativa de la ley en base a la cual se estructuran la cantidad y competencias de los ministerios resulta exclusiva del Poder Ejecutivo, algo que la Carta Magna nacional no prevé expresamente.

El caso de la iniciativa popular es receptado específicamente en el artículo 64, al que remitimos para su tratamiento particular. Podemos destacar aquí el límite expreso que la Constitución establece para los proyectos de esta índole, al establecer que no podrán ser objeto de iniciativa popular proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos y presupuesto.

El texto, a su vez, extiende la potestad de iniciativa a otros actores, no contemplados en el orden nacional, como el Defensor del Pueblo (tratado en el artículo 137) y las comunas (en el 128), de forma expresa. En el caso de estas últimas, la habilitación se extiende más allá de la iniciativa legislativa; contempla también la “presentación de proyectos de decretos al Poder Ejecutivo”, una verdadera innovación constitucional.

El artículo 85 ha omitido la enumeración de otras instituciones constitucionales de la Ciudad que, al igual que aquellas expresamente numeradas en su redacción, también se encuentran legitimadas para presentar proyectos de ley.

La habilitación de estos otros institutos legitimados con iniciativa legislativa se desprende del tratamiento particular que la Constitución les otorga, razón por la cual los enumeraremos a continuación, aunque para un mayor abundamiento recomendamos la remisión a los artículos específicos en los que son abordados. Ellos son:

- El Consejo de Planeamiento Estratégico, contemplado en el artículo 19. Si bien su presidencia recae en el Jefe de Gobierno –quien ya se encuentra habilitado a presentar proyectos de ley según el artículo 85–, también está compuesto por instituciones y organizaciones de la sociedad civil y la política.
- El Consejo Económico y Social, incluido en el artículo 45. Al igual que el Consejo de Planeamiento Estratégico, se encuentra integrado por organizaciones ajenas al poder político (asociaciones sindicales de trabajadores, organizaciones empresariales, colegios profesionales y otras instituciones de la

vida económica y social), y presidido por un miembro del Poder Ejecutivo, cuyo rango o función la Constitución no establece expresamente.

- El Vicejefe o Vicejefa de Gobierno: El artículo 71 no sólo lo ubica como el titular de la Presidencia de la Legislatura, sino que también lo dota de iniciativa legislativa, situación reforzada por el segundo párrafo del artículo 99, que repite el rol estipulado anteriormente.

En resumidas cuentas, son ocho los institutos establecidos en la Constitución de la Ciudad que pueden presentar proyectos de ley. Cinco de ellos se encuentran enumerados en el artículo 85, y son: los miembros de la Legislatura, el Poder Ejecutivo, el Defensor del Pueblo, las comunas y el mecanismo de la iniciativa popular. Sin embargo, también poseen iniciativa legislativa el Consejo de Planeamiento Estratégico, el Consejo Económico y Social y el Vicejefe de Gobierno, ignorados por el artículo 85 pero imbuidos de tal potestad mediante los artículos que los tratan de manera específica.

PROCESO DE SANCIÓN Y PROMULGACIÓN DE LEYES

En cuanto al proceso de sanción y promulgación, la redacción establecida en el artículo 86 no ofrece ambigüedades interpretativas, pero mejora algunos aspectos de forma y de fondo con respecto a la Constitución Nacional, que resultan dignos de mención.

El primero de ellos es la supresión de la expresión “decretan” como fórmula empleada para la promulgación y publicación de las leyes. Esta pequeña modificación claramente de índole formal parece ajustarse mejor a la función legislativa, reservando a lo largo del texto constitucional las referencias a los decretos o a la acción de decretar al Poder Ejecutivo de manera exclusiva.

Efectivamente, la fórmula nacional de “El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, (...) decretan o sancionan con fuerza de ley” es reemplazada por una mucho más pertinente: “La Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sanciona con fuerza de ley...”.

La segunda diferencia, mucho más sustancial que la anterior, está vinculada a la ausencia de posibilidad de aprobar proyectos en general en el pleno de la Legislatura, para posteriormente remitir su tratamiento y aprobación particular a las Comisiones especializadas.³ En el orden nacional, el artículo 79 de la Constitución prevé esta posibilidad, omitida por el constituyente porteño.

La segunda parte del artículo 86 establecerá dos cuestiones relevantes. Por un lado, la llamada promulgación ficta, al establecer que todo proyecto de ley no vetado por el Ejecutivo en el plazo de diez días hábiles contados a partir de su recepción será considerado promulgado. Por el otro, las condiciones de dicha publicación, al establecer el vehículo para realizarla (el Boletín Oficial), el plazo (el anteriormente nombrado de diez días hábiles) y el mecanismo para llevar a cabo la publicación ficta: si el Ejecutivo omite su publicación, la Legislatura podrá disponerla por sí sola.

Con respecto a la promulgación ficta, lo dispuesto no difiere con el sistema establecido en el artículo 80 de la Constitución Nacional, salvo por dos elementos. El primero de ellos, una mejora terminológica en el establecimiento de los días para contar el plazo –que se analiza más abajo–. El segundo, que veremos a continuación, una redacción distinta acerca del comportamiento del Ejecutivo.

Efectivamente, la Constitución Nacional prevé que todo proyecto *no devuelto* por el Poder Ejecutivo se reputa aprobado, mientras que la Constitución porteña sostiene que sucede lo mismo, pero con todo proyecto *no vetado*. ¿Resulta esta diferencia un cambio sustancial?

Vista de manera aislada, la redacción de la Constitución Nacional parecería ser que logra abarcar más que la de la Ciudad de Buenos Aires, ya que cualquier proyecto que no se devuelva, por el motivo que sea, entrará a contar dentro del plazo previsto para la promulgación ficta, contra lo sostenido por el constituyente porteño que exige exclusivamente que el proyecto no sea vetado.

Sin embargo, una visión sistémica del proceso nos permitirá ver que los proyectos sólo son devueltos si son vetados y que, contrariamente a la primera impresión que la lectura comparativa de ambas

3. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 249.

redacciones puede llegar a ofrecernos, el sistema de la Ciudad de Buenos Aires otorga a la Legislatura, donde reside la mejor representación de la voluntad popular, un mayor poder de acción en detrimento de las capacidades del Ejecutivo –y su eventual pasividad en el proceso–, como veremos a lo largo del artículo.

El establecimiento del Boletín Oficial como instrumento de publicación para las normas es un agregado que no sobrea abunda, y que menciona a nivel constitucional al vehículo oficial de publicación normativa. La diferencia con el orden federal es sustantiva: la expresión Boletín Oficial no se utiliza en absoluto a lo largo de la Constitución Nacional.

Ello tal vez pueda deberse al largo derrotero histórico que sufrió el instituto. Si bien a través de un decreto de Bernardino Rivadavia de 1821 se dispuso la creación de un registro de normas –que se amplió a la jurisdicción nacional recién en 1862 (ya sancionada la Constitución de 1853/60)–, recién en 1893, bajo la presidencia de Luis Sáenz Peña, se instituyó su aparición de forma diaria y con los alcances y características actuales.⁴

Frente a estas inconsistencias históricas a nivel nacional, resulta destacable la inclusión en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires del Boletín Oficial como vehículo de publicación normativa, evitando así cualquier imprevisión acerca de este respecto de la joven organización institucional porteña.

En relación a la forma de contar el plazo establecido, debemos considerar lo que estimamos un acierto en la redacción porteña, en com-

4. En 1870, creado por la Ley N° 438, se constituyó el primer “Boletín Oficial de la Nación”, disponiendo su artículo 1° que “Desde el 1ro. de enero de 1871 se establecerá un periódico diario con el título de Boletín Oficial de la Nación en el que se publicarán las leyes, decretos y todos los documentos oficiales producidos en el ejercicio de los poderes públicos”. Sin embargo, la Ley N° 697 de 1874, sancionada apenas tres días después de la asunción de Nicolás Avellaneda a la presidencia, derogó el Boletín Oficial y autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a realizar la publicación en la forma que fuera “más conveniente”. Fue bajo la presidencia de Luis Sáenz Peña que se decretó la aparición, nuevamente, del Boletín Oficial de la República Argentina, de forma diaria, cuyo primer ejemplar vio la luz el 1° de julio de 1893. Finalmente, a través de un decreto de 1947, el antiguo registro de normas creado por Rivadavia fue fusionado con el Boletín Oficial, pasando a quedar ambos bajo la órbita de la Presidencia de la Nación. Fuente: Boletín Oficial de la República Argentina. Reseña Institucional del Boletín Oficial. Disponible en: www.boletinoficial.gob.ar (consultado el 15 de agosto de 2016).

paración con el artículo 80 de la Constitución Nacional: mientras que esta última hace referencia a días “útiles”, la Constitución de la Ciudad habla de días “hábiles”, una expresión unívoca con respecto a la calidad de los días, superadora de la utilizada en el marco nacional.⁵

Finalmente, tenemos que abocarnos al análisis de la publicación ficta. A este respecto, la diferencia más importante con respecto a la Constitución Nacional radica en lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 86 de la Carta Magna porteña, es decir, la posibilidad otorgada a la Legislatura para disponer por sí sola la publicación de la norma promulgada, indistintamente de si ese haya sido un acto expreso o ficto.

Este hecho impide el llamado “veto bis” o “de bolsillo”: la renuencia por parte del Ejecutivo de publicar leyes ya promulgadas, una suerte de segunda posibilidad de veto, categóricamente inadmisibles.⁶

La Constitución de la Ciudad logra, al dotar a la Legislatura de la potestad de actuar en subsidio del Ejecutivo cuando hubieran pasado diez días hábiles desde su promulgación, una solución a este problema del “doble veto”, que pone en jaque el debido equilibrio entre los poderes de cualquier sistema republicano.

Así, el constituyente porteño evita que las decisiones de la Legislatura demoren su entrada en vigencia por la inacción involuntaria o deliberada del Ejecutivo, fortaleciendo el equilibrio necesario en las facultades colegislativas de ambos poderes.

EL PODER DE VETO Y LA PROMULGACIÓN PARCIAL

Para lograr impedir que un proyecto de ley aprobado por la Legislatura entre en vigor, el Jefe de Gobierno porteño deberá entonces recurrir al veto, potestad que se le reconoce en el artículo 87.

El poder de veto sólo encuentra límite en dos casos: el Ejecutivo no podrá vetar la ley que declara la necesidad de reforma total o parcial de la Constitución porteña (artículo 60) ni tampoco la ley de convocatoria a referéndum obligatorio y vinculante previsto en el artículo 65.

5. Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, p. 249.

6. Sabsay, Daniel y Onaindia, José Miguel, *La Constitución de los Porteños, Análisis y Comentario*, Buenos Aires, Errepar, 1997, p. 188.

Efectuado el veto por parte del Ejecutivo, el proyecto vuelve a la Legislatura para su tratamiento que, para insistir en su redacción original, necesita una mayoría calificada de dos tercios de sus miembros. Si lograra reunirlos, prevalecería la ley. En caso contrario, el proyecto se anulará y no podrá volver a considerarse en ese año legislativo.

De esta manera, podemos decir que el poder de veto del Jefe de Gobierno porteño es de carácter fuerte⁷ ya que, de la ingeniería propuesta por la Constitución de la Ciudad, podemos inferir que un Jefe de Gobierno que controle un tercio más uno de los escaños de la Legislatura podrá recurrir libremente a este importante poder reactivo frente a las decisiones del órgano legislativo, sin posibilidad de que su veto sea rechazado.

Sin embargo, no es dable soslayar algunas características que posee el instituto porteño que lo diferencian del poder de veto presidencial que regula nuestra Constitución Nacional.

La primera de estas características es la obligación impuesta por el artículo 87 al Poder Ejecutivo para que exprese los fundamentos que lo llevan a vetar un proyecto de ley. No son pocos los autores que se han planteado la posibilidad de someter al control de constitucionalidad dichos argumentos o su eventual ausencia.

Se ha marcado que esta idea presenta varias dificultades. En principio, la poca claridad acerca de la legitimación activa para oponer un planteo de inconstitucionalidad,⁸ además de los abundantes antecedentes en materia de abstención de control jurisdiccional de los tribunales por considerar cuestiones políticas⁹ exentas de su autoridad decisiones como las de este eventual tipo.

Más allá de estas visiones, lo cierto es que la necesidad de expresar los motivos agrega un viso republicano y democrático al poder de veto que la Constitución Nacional no contempla, incomodando al Ejecutivo para que tenga que justificar su acción, intentando evitar que se transforme en una actitud meramente discrecional o antojadiza.

7. Bonvecchi, Alejandro y Zelaznik, Javier, "Recursos de Gobierno y Funcionamiento del Presidencialismo en Argentina", en Lanzaro, Jorge (ed.): *Presidencialismo y Parlamentarismo Cara a Cara. Estudios sobre presidencialismo, semi-presidencialismo y parlamentarismo en América Latina y Europa Meridional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 66.

8. Sabsay, Daniel y Onaindia, José Miguel, *op. cit.*, p. 188.

9. Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, p 251.

La segunda de las características novedosas que incluye la Constitución porteña en esta materia es la expresa prohibición de la promulgación parcial sin el consentimiento de la Legislatura.

Esta imposibilidad de promulgar parcialmente pareciera ser un importante avance, significativo en el equilibrio debido de los poderes Ejecutivo y Legislativo. A nivel nacional, la Constitución prevé en su artículo 80 que las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado. Sin embargo, el nivel de vaguedad de la redacción posibilitó que en la práctica habitual se desvirtúe la primera parte del mismo artículo, que establece que los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante.

El mecanismo diseñado por la Constitución porteña impide que el Ejecutivo, a través de la promulgación parcial, acerque el proyecto sancionado a sus preferencias, evitando de esa manera los aspectos no deseados o contrarios a sus intereses.¹⁰

La tercera y última de las características originales de la redacción del tratamiento de este instituto que hace la Constitución de la Ciudad está referida al veto parcial. Efectivamente, el artículo 88 no sólo no lo impide, sino que lo regula al establecer que frente a un veto parcial, el proyecto vuelve íntegramente a la Legislatura.

La que efectivamente se encuentra vedada es la posibilidad de promulgar la parte no vetada del proyecto, mas no la posibilidad de vetarlo parcialmente.¹¹ La innovación pasa por establecer que todo veto parcial deba ser tratado como un veto total.

De esta manera, al devolver el proyecto no promulgado a la Legislatura, el constituyente porteño se asegura el respeto a la integridad del cuerpo normativo, y efectivamente dejar a salvo el espíritu y la unidad del proyecto sancionado, sin permitir la menor interpretación en contrario.

10. Bonvecchi, Alejandro y Zelaznik, Javier, *op. cit.*, p. 67.

11. Loñ, Félix, "La organización del poder en el estatuto de la Ciudad", en Bidart Campos, Germán J. y Gil Domínguez, Andrés (dir.), *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 337.

Devuelto, la Legislatura puede aceptar el veto con la misma mayoría requerida para la sanción de la norma en cuestión, o insistir en el proyecto original con mayoría de dos tercios de sus miembros.

Artículo 89

Tienen el procedimiento de doble lectura las siguientes materias y sus modificaciones:

1. **Códigos de Planeamiento Urbano, Ambiental y de Edificación.**
2. **Plan Urbano Ambiental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.**
3. **Imposición de nombres a sitios públicos, emplazamiento de monumentos y esculturas y declaración de monumentos, áreas y sitios históricos.**
4. **Desafectación de los inmuebles del dominio público y todo acto de disposición de estos.**
5. **Toda concesión, permiso de uso o constitución de cualquier derecho sobre el dominio público de la Ciudad.**
6. **Las que consagran excepciones a regímenes generales.**
7. **La ley prevista en el artículo 75.**
8. **Los temas que la Legislatura disponga por mayoría absoluta.**

Artículo 90

El procedimiento de doble lectura tiene los siguientes requisitos:

1. **Despacho previo de comisión que incluya el informe de los órganos involucrados.**
2. **Aprobación inicial por la Legislatura.**
3. **Publicación y convocatoria a audiencia pública, dentro del plazo de treinta días, para que los interesados presenten reclamos y observaciones.**
4. **Consideración de los reclamos y observaciones y resolución definitiva de la Legislatura.**

Ningún órgano del gobierno puede conferir excepciones a este trámite y si lo hiciera estas son nulas.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. EL PROCEDIMIENTO DE DOBLE LECTURA

Por Lidia Ester Lago

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme lo establece el artículo 1 de esta Constitución, adopta la forma de gobierno republicana y representativa, y organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa. Es en virtud de este principio que

... promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad (artículo 11 *in fine*).

El constitucionalismo moderno, a través de la democracia participativa, persigue una activa intervención de la ciudadanía en la formación de ciertos actos de gobierno, “acortando de esta manera la brecha existente entre representantes y representados, y acentuando el papel de las minorías en el control de la gestión de los asuntos públicos”.¹

Es que, como ya lo señalara el Dr. Carlos Fayt:

El advenimiento de la democracia contemporánea ofrece una perspectiva no prevista por el constitucionalismo clásico y obligará a reconocer a toda persona, legalmente capacitada, el derecho a tomar parte directamente en el gobierno de su país, mediante el referéndum o cualquier otro medio de consulta o participación popular.²

La jurisprudencia ha destacado:

... el derrotero escogido por los convencionales porteños de 1996, al constituir a nuestra carta fundamental en una pieza jurídica que se distingue en el universo federal de la República por definir a las instituciones de la Ciudad de Buenos Aires en su artículo 1 como una “democracia participativa”.

1. Asar, Maricel Judith y Garaventa, Carlos Adrián, “Control de constitucionalidad y democracia participativa”, *elDial* DCIEF2.

2. CSJN, “Recurso de Hecho deducido por Aníbal Roque Baeza en la causa Baeza, Aníbal Roque c/Estado Nacional” (voto en disidencia del Dr. Fayt), 28/08/1984.

En este contexto resulta indudable la expresa voluntad del constituyente de ampliar y favorecer la participación popular como modo de coadyuvar en la consecución del “plan de gobierno” previsto en la Constitución.³

Diversos Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 CN) reconocen el derecho de todos los ciudadanos de participar en la dirección de los asuntos públicos directamente o por medio de representantes directamente elegidos (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 21; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 25; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23).

La participación consagrada en el texto constitucional se concreta a través de una serie de institutos y mecanismos, tales como el acceso a la información pública (artículo 1 y concordantes); el presupuesto participativo (artículo 52); la audiencia pública (artículo 63); la iniciativa popular (artículo 64); el referéndum (artículo 65); la consulta popular (artículo 66); la revocatoria (artículo 67); y el procedimiento de doble lectura para la sanción de leyes relativas a ciertas materias (artículos 89 y 90).

ANTECEDENTES EN EL ORDEN NACIONAL

La reforma constitucional de 1994, si bien introdujo dos formas de democracia semidirecta: la iniciativa popular (prevista en el artículo 39 y regulada por la Ley N° 24747) y la consulta popular en sus dos formas, la vinculante y la no vinculante (prevista en el artículo 40 y regulada por la Ley N° 25432), no previó el mecanismo de la doble lectura.

La audiencia pública tampoco fue regulada de manera expresa, aunque el Decreto PEN N° 1172/03 de Acceso a la Información aprobó, entre otros, el Reglamento General de Audiencias Públicas, aplicable sólo al ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional (artículo 2). Dicha regulación está sustentada en el principio de publicidad de los actos de gobierno, garantizado por los artículos 1, 33, 41, 42 y concordantes del Capítulo Segundo de la

3. CCAyT, Sala 2, “Comercio de Maderas SA y Denali SA contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)”, 08/11/2001.

Constitución Nacional, que establece nuevos derechos y garantías, y en el artículo 75, inciso 22, que incorpora con jerarquía constitucional diversos Tratados Internacionales y que tiene como objetivo fortalecer la relación entre el Estado y la sociedad civil, imprescindible a fin de concretar las reformas institucionales necesarias para desarrollar una democracia legítima, transparente y eficiente.

ANTECEDENTES PROVINCIALES

La provincia de Río Negro, luego de la reforma constitucional de 1988, adoptó el procedimiento de la doble lectura, aunque con características propias que lo distinguen del modelo local. En la Parte Tercera “Organización del Estado”, en la Sección Tercera “Poder Legislativo”, y en el Capítulo V de la Constitución, se establece que todo proyecto aprobado por mayoría absoluta o especial, según el caso, por votaciones en general y en particular de cada uno de los artículos, se considera aprobado en primera vuelta. Dentro de las 72 horas pasa a la Secretaría, donde es puesto a disposición de los órganos periodísticos para ser difundido a la población de la Provincia a través de los medios de comunicación, a los efectos de conocer la opinión popular. Luego de recepcionadas individualmente las opiniones y no antes de transcurridos quince días desde su aprobación, los proyectos quedan en condiciones de volver a ser considerados, someten a nueva votación en general y en particular, y quedan sancionados como ley si se obtiene la mayoría requerida (artículos 141 y 142, y artículo 99 del Reglamento Interno de la Legislatura de Río Negro). Los proyectos que ratifican los convenios suscriptos por el Poder Ejecutivo, el proyecto de ley de presupuesto y los proyectos que remita el Ejecutivo con carácter de urgencia, previo acuerdo general de ministros, son excepciones al régimen general y se sancionan en una única vuelta (artículo 143).

Como se advierte, el régimen rionegrino –a diferencia de lo que ocurre en la Ciudad de Buenos Aires– establece como regla general el sistema de la doble lectura para la formación y sanción de las leyes, con las excepciones expresamente previstas. Asimismo, la intervención del órgano legislativo se divide en dos etapas separadas por un lapso, en el que se establece un espacio de intervención ciudadana a fin

de conocer la opinión popular previa difusión del proyecto a través de los medios de comunicación, pero que no requiere de la realización de audiencia pública, como sí acontece en el ámbito local. No obstante, la Ley de Audiencias Públicas dispone que la Legislatura de la Provincia, a través de sus comisiones permanentes y/o especiales, puede convocar a audiencias públicas a distintos estamentos representativos de la comunidad, con el objeto de analizar iniciativas parlamentarias que se encuentren en etapa de estudio de la o las comisiones que convocan, permitiendo una amplia participación ciudadana (Ley N° 3132/1997).

En el ámbito municipal de la provincia, el procedimiento de la doble lectura ha sido introducido, por ejemplo, por la Carta Orgánica de la Municipalidad de San Carlos de Bariloche (2007), la cual luego de enumerar entre los derechos de los habitantes de la ciudad (artículo 14) el control de la gestión y decisión municipal a través de los mecanismos de participación ciudadana establecidos en ese instrumento (inciso 12), en el capítulo dedicado a la formación y sanción de las ordenanzas, prevé la doble lectura para las ordenanzas que dispongan: a) privatizar obras, servicios y funciones de la Municipalidad; b) otorgar el uso continuado y exclusivo de los bienes del dominio público de la Municipalidad; c) crear entidades descentralizadas y autárquicas; d) crear empresas municipales y de economía mixta; e) otorgar la autorización para la concesión de obras y servicios públicos por más de quince años; f) autorizar la donación de inmuebles. Entre la primera y la segunda vuelta no deben transcurrir más de quince días, lapso en el cual se debe dar amplia difusión al proyecto y el Consejo Municipal puede establecer audiencias públicas para escuchar a los vecinos y entidades interesadas en dar su opinión, sin perjuicio de los casos en que se establezca su obligatoriedad (artículo 43). Como se advierte, el procedimiento previsto introduce la instancia de la audiencia pública apartándose así del modelo regulado en la Constitución provincial.

La Constitución de la Provincia de Córdoba, con la reforma introducida en 2001, establece el procedimiento de doble lectura para la formación y sanción de las leyes en los siguientes casos: declaración de reforma de la Constitución; la ley de presupuesto; el código tributario; las leyes impositivas; las leyes que versen sobre empréstitos. La Legislatura con la mayoría absoluta de sus miembros puede decidir qué otras leyes, por su naturaleza e importancia, quedan sujetas a este pro-

cedimiento. Entre la primera y segunda lectura, en que no puede mediar un lapso que exceda de quince días, se debe dar amplia difusión al proyecto pudiéndose convocar a audiencia pública (artículo 106 de la Constitución y artículo 117 del Reglamento Interno de la Legislatura). Si bien la ley que la regula establece expresamente el carácter obligatorio de la audiencia pública legislativa cuando se trata de proyectos de ley que requieren doble lectura para su sanción, lo cierto es que en el mismo cuerpo legal se dispone que una vez que el proyecto es girado a la Comisión Permanente de la Legislatura que oficia como Comisión Principal, es esta la que meritúa la necesidad de convocar a audiencia pública legislativa y determina quiénes deberían ser invitados a participar en ella. Esa participación se circunscribe a las personas jurídicas y/o de existencia visible que desarrollen actividades específicas que tengan vinculación con los temas a que se refieren los proyectos que se debaten (artículos 1 y 4, Ley N° 9003 de Audiencia Pública Legislativa). He aquí entonces una clara diferencia con lo que acontece en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, en el cual el llamado a audiencia pública, en los casos en que se establece el procedimiento de doble lectura, constituye una obligación impuesta constitucionalmente en cabeza de la Legislatura local.

Por otra parte, y en lo atinente a los regímenes municipales, el Senado y la Cámara de Diputados de la Provincia de Córdoba sancionaron la Ley N° 8102 referida al Régimen de Municipios y Comunas, aplicable a los municipios que no estén facultados a dictar su Carta Orgánica o que, estando facultados, no la hayan dictado, y a las comunas (artículo 1), requiriéndose el procedimiento de doble lectura para la aprobación de: las ordenanzas que dispongan privatizar obras, servicios y funciones del Municipio; municipalización de servicios; uso de bienes públicos de la Municipalidad a particulares; creación de entidades descentralizadas autárquicas, empresas municipales y de economía mixta; contratación de empréstitos; concesiones de obras y servicios públicos; creación de nuevos tributos o aumento de los existentes; y sanción del presupuesto municipal de gastos y recursos y cuenta de inversión. Entre la primera y segunda lectura, en que no debe mediar un plazo mayor de quince días corridos, el proyecto deberá publicarse por los medios disponibles. En ese mismo lapso y a diferencia de lo previsto en el texto constitucional provincial, el Concejo Deliberante debe establecer audiencias públicas

para escuchar a los vecinos y entidades interesadas en dar su opinión (artículo 37). Asimismo, entre los municipios que han dictado su Carta Orgánica Municipal, como los de las ciudades de Córdoba y Villa Carlos Paz, también se ha dispuesto el procedimiento de la doble lectura para la sanción de ordenanzas en los casos que expresamente se prevén, debiendo en ambos casos darse amplia difusión al proyecto y realizar al menos una audiencia pública teniendo especial cuidado de invitar a las personas y entidades interesadas directamente en su discusión (artículos 78 y 134 respectivamente).

En provincias en las que el procedimiento de doble lectura no se encuentra regulado en los textos constitucionales, ha sido sin embargo receptado en las cartas orgánicas de algunos municipios. Así, por ejemplo, la Constitución de la Provincia del Chaco de 1994 no lo prevé, en tanto la Carta Orgánica del Municipio de la Ciudad de Resistencia lo establece para la aprobación de las ordenanzas que dispongan municipalizar servicios; dictar o modificar los códigos de competencia municipal que no tengan prevista otra forma de participación; crear entidades autárquicas y/u organismos descentralizados, empresas municipales y/o sociedades de economía mixta; fijar nuevos tributos o modificar los existentes; autorizar la concesión de servicios públicos y/o concesión de obras públicas; desafectar bienes del dominio público; y aprobar los planes de ordenamiento territorial. Entre la primera y segunda lectura se debe dar amplia difusión al proyecto y convocar a audiencia pública invitando a las personas y organizaciones directamente involucradas en la discusión (artículo 153).

Otro ejemplo es la Provincia de Neuquén, que no prevé el procedimiento de doble lectura en el texto constitucional de 2006, sin embargo consagra la audiencia pública como uno de los mecanismos de democracia semidirecta, que puede ser convocada por la Legislatura, el Poder Ejecutivo y los municipios para debatir asuntos concernientes al interés público y al bienestar general (artículo 308, Quinta Parte, Participación Ciudadana, Título II “Mecanismos de democracia semidirecta”). La Carta Orgánica del Municipio de la Ciudad de Cutral Có (aprobada por la Ley provincial N° 2125) requiere expresamente la doble lectura para la aprobación de ordenanzas que dispongan: privatizar obras y servicios públicos y funciones del municipio; municipalización de servicios; otorgar el uso de bienes públicos del municipio

a particulares; crear entidades descentralizadas autárquicas, empresas municipales y de economía mixta; contratar empréstitos; otorgar concesiones de obras y servicios públicos; crear nuevos tributos o aumentar los existentes, sancionar el presupuesto anual municipal y sus modificaciones y aprobar la cuenta de inversión. Entre la primera y la segunda lectura debe darse amplia difusión al proyecto y se deben establecer audiencias públicas para escuchar a los vecinos y entidades interesadas en dar su opinión.

SUPUESTOS EN QUE PROCEDE LA DOBLE LECTURA

El artículo 89 establece los casos en que se requiere el procedimiento de doble lectura, aunque no se trata de una enunciación taxativa como lo indica el apartado 8, que prevé también su aplicación respecto de aquellos supuestos en que la Legislatura, por mayoría absoluta, lo disponga. Tal es el caso de la Ley de Comunas N° 1777, que fue sancionada en 2005 por el procedimiento de doble lectura.

El artículo 27 determina que la Ciudad instrumenta un proceso de ordenamiento territorial y ambiental participativo. En ese contexto, los apartados 1 y 2 del artículo en comentario mencionan los Códigos de Planeamiento Urbano, Ambiental y de Edificación y sus modificaciones, y el Plan Urbano Ambiental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como aquellos proyectos que necesariamente requieren de la doble lectura. Se ha señalado al respecto que

... habida cuenta de su naturaleza de Estado netamente urbano, la Ciudad ha previsto en su Constitución múltiples reaseguros de participación en materia de planeamiento territorial, dada la enorme incidencia del tema en la calidad de vida de sus habitantes, y las polémicas decisiones adoptadas al respecto en el pasado, divorciadas de la voluntad ciudadana.⁴

La Ciudad garantiza también la preservación, recuperación y difusión del patrimonio cultural, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad, la memoria y la historia de la ciudad y sus barrios (artículo 32 *in fine*). De ahí que el texto constitucional asegure la participación

4. Ídem.

ciudadana cuando se trate de proyectos de ley por los cuales se impongan nombres a sitios públicos, se disponga el emplazamiento de monumentos y esculturas, y se declaren monumentos, áreas y sitios históricos (apartado 3). Al respecto, la Ley N° 83 dispone expresamente que toda imposición de nombre relacionada con la nomenclatura urbana será establecida de acuerdo con lo estipulado en los artículos 81 inciso 7, 89 y 90.⁵

El artículo 82, apartado 4 faculta a la Legislatura a disponer, con el voto de los dos tercios del total de sus miembros, la desafectación del dominio público y la disposición de bienes inmuebles de la Ciudad. En el apartado 5 la autoriza, con igual mayoría, a aprobar toda concesión, permiso de uso o constitución de cualquier derecho sobre inmuebles del dominio público de la Ciudad por más de cinco años. En esos supuestos se requiere del procedimiento de la doble lectura para la aprobación y sanción de los proyectos de ley correspondientes, como expresamente lo disponen los apartados 4 y 5 del artículo 89.

Otro de los supuestos que requiere el procedimiento de la doble lectura es el tratamiento de proyectos de ley que consagran excepciones a regímenes generales (apartado 6). Tratándose de normas que consagran situaciones de excepción, su análisis debe ser estricto y riguroso, lo que justifica que en estos supuestos se convoque a la ciudadanía a fin de escuchar y evaluar las distintas opiniones.

En el Capítulo Primero “Organización y Funcionamiento”, del Título Tercero “Poder Legislativo”, el artículo 75 establece que el presupuesto de la Legislatura para gastos corrientes de personal no podrá superar el uno y medio por ciento del presupuesto total de la Ciudad. Vencido el primer mandato, ese tope puede modificarse, requiriéndose mayoría calificada de dos tercios de los miembros, cumpliéndose con el procedimiento previsto en el artículo 90. De ahí que el apartado 7 del artículo 89 lo incluye como uno de los supuestos que requiere del procedimiento de doble lectura para el tratamiento del proyecto de ley modificatoria.

Entre los ejemplos de proyectos legislativos que requirieron del procedimiento previsto en el artículo 90, se pueden mencionar los siguientes:

- Ley N° 4729, por la cual se afecta a Distrito Zonificación Parque (UP) a terrenos del barrio de Saavedra. La aprobación inicial

5. BOCBA N° 581, 27/11/1998.

del proyecto –inserto en el marco del artículo 27, inciso 7 de la Constitución– tuvo lugar el 13 de junio de 2013, la audiencia pública se celebró el 27 de agosto y fue aprobado en segunda lectura el 7 de noviembre.⁶

- Ley N° 4723. El proyecto, que tuvo aprobación inicial y dispuso dar cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 89 inciso 3 y 90 de la CCABA, propició denominar “Rincón de las Artes Ernesto Urfeig” a la plazoleta de Córdoba 6290. Tuvo aprobación en segunda lectura el 7 de noviembre de 2013.⁷
- Proyecto de la Comisión de Presupuesto, por el cual se otorga a la Asociación Civil “Centro Barrial 19 de Diciembre” el uso a título precario y gratuito, por el término de veinte años, del predio ubicado en la calle Agustín de Vedia 269. El 27 de abril de 2016 se llevó a cabo la audiencia pública.⁸
- Proyecto de la Comisión de Cultura, por el cual se propone denominar “República de Montenegro” a la plazoleta ubicada en la intersección de las calles Av. Del Libertador y Av. Sarmiento. La audiencia pública se realizó el 3 de mayo de 2016.⁹
- Proyecto de la Comisión de Cultura, por el cual se propone declarar como bien integrante del patrimonio cultural de la Ciudad, en los términos de la Ley N° 1227, artículo 4 inciso a, al inmueble sito en Suipacha 1322, que fuera residencia del Dr. Enrique Finochietto. La audiencia pública se celebró el 26 de abril de 2016.¹⁰
- Ley N° 4427. El proyecto de la Comisión de Planeamiento Urbano, que tuvo aprobación inicial el 2 de agosto de 2012, propició catalogar con nivel de “Protección Cautelar” el inmueble sito en Av. Entre Ríos 1039/45 en los términos del artículo 10.3.3 del Capítulo 10.3 “Catalogación” del Código de Planeamiento Urbano. La audiencia pública se llevó a cabo el 23 de octubre de 2012 y

6. Expte. N° 2256-D-2012.

7. Expte. N° 1823-E-2012.

8. Expte. N° 1498-D-2015. A la fecha de este trabajo, el proyecto se encuentra en comisión.

9. Expte. N° 1882-2015. A la fecha de este trabajo, el proyecto de ley no ha sido aprobado en segunda lectura.

10. Expte. N° 2643-D-2014. A la fecha de este trabajo, el proyecto de ley no ha sido aprobado en segunda lectura.

el proyecto fue aprobado en segunda lectura el 10 de diciembre de 2012.¹¹

- Proyecto de la Comisión de Presupuesto, por el cual se propuso desafectar del dominio público de la Ciudad un conjunto de inmuebles y su transferencia a título gratuito y con fines educativos y religiosos, al Arzobispado de Buenos Aires, por el término de veinte años. En la audiencia pública celebrada el 18 de noviembre de 2015 y en relación con la cesión de una parcela a la parroquia de Caacupé, que contenía el proyecto original, los padres, docentes y ex alumnos de la Escuela N° 3 DE N° 7 Primera Junta manifestaron la necesidad de efectuar correcciones a los planos presentados en el expediente, debido a que parte de estos pertenecían a esa escuela pública. Por lo que finalmente el proyecto fue aprobado con una corrección por parte de los diputados respecto de lo sancionado en primera lectura, quitándose el segmento observado en la audiencia,¹² lo que indudablemente pone en evidencia la importancia de la participación ciudadana en el proceso de formación y sanción de ciertas leyes.

REQUISITOS PARA EL PROCEDIMIENTO DE DOBLE LECTURA

Los proyectos que versen sobre las materias o asuntos que deban ser sometidos al procedimiento de doble lectura para ser considerados por el cuerpo deben contar con el despacho de la o de las Comisiones de Asesoramiento Permanente o de las Juntas, los informes de los órganos competentes que se hubieran expedido y la resolución de convocatoria a audiencia pública, conforme al modelo que determina la resolución correspondiente de la Junta de Interpretación y Reglamento.

Luego de la aprobación inicial por la Legislatura y dentro del plazo de treinta días, se procede a la publicación y convocatoria a audiencia pública para que los interesados presenten reclamos y observaciones, y debe llevarse a cabo dentro de los sesenta días de aprobada inicialmente la ley. En este contexto y aun cuando resulta materia de análisis del

11. Expte. N° 1127-D-2011.

12. Expte. N° 897-J-2015.

artículo 63, no puede dejar de recordarse que la audiencia pública constituye una instancia de participación en el proceso de toma de decisión administrativa o legislativa, en la cual la autoridad responsable habilita un espacio institucional para que todos aquellos que puedan verse afectados o tengan un interés particular expresen su opinión respecto de ella. Su objetivo es que la autoridad responsable de tomar la decisión acceda a las distintas opiniones sobre el tema en forma simultánea y en pie de igualdad a través del contacto directo con los interesados.

La autoridad convocante de la audiencia es el Presidente o la Presidenta de la Legislatura, quien la preside, aunque puede designar como reemplazante a los vicepresidentes o las vicepresidentas del cuerpo en su orden, o al Presidente o a la Presidenta o Vicepresidente o Vicepresidenta de la Comisión o Junta competente, en su orden. El decreto de convocatoria debe establecer como inexcusable la presencia de al menos tres diputados, de los cuales uno debe pertenecer a la o las Comisiones de Asesoramiento Permanente o a las Juntas a cargo de emitir el despacho referido al tema objeto de la audiencia pública. Luego de concluida, el expediente respectivo debe ser remitido, dentro de los cinco días hábiles posteriores a la recepción de la versión taquigráfica, a las autoridades responsables de la audiencia pública a fin de que informen de qué manera han tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía, las cuales son de carácter consultivo y no vinculante y, en su caso, las razones por las cuales las desestiman. Dichas consideraciones de las autoridades responsables deben publicarse, junto con la versión taquigráfica, en el sistema WAP de la Ciudad de Buenos Aires. Estas deben estar también explicitadas en los fundamentos del acto normativo que se sancione.¹³

ALGUNOS ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL TEMA

1. En la causa “Stegmann, Hansel c/GCBA s/amparo (artículo 14 CCABA)”, el actor demandó, entre otras cosas, eliminar de for-

13. Art. 90 CCABA; arts. 73, 74 y 75 del Reglamento de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; arts. 1, 2, 8, 12 y 57 bis de la Ley N° 6 con las reformas introducidas por las leyes N° 259/99, N° 3801/2011 y N° 4027/2012.

ma permanente de las placas de homenaje o de cualquier índole, así como también de la nomenclatura urbana de calles, plazas, escuelas o de cualquier otro bien perteneciente al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires o a entes u organismos de la Ciudad de Buenos Aires, los nombres de todos aquellos pseudo intendentes o mal llamados intendentes de facto, en definitiva personas que usurparon el cargo durante los períodos de violación al orden constitucional por fuerzas cívico-militares. En este aspecto, el juez de primera instancia desestimó la pretensión. Señaló al respecto que la eliminación del nombre de un espacio público requiere necesariamente su simultáneo reemplazo por otra denominación, y que en ese contexto no podía soslayarse que, conforme el artículo 81, inciso 7 de la Constitución local, es atribución de la Legislatura imponer nombres a sitios públicos, disponer el emplazamiento de monumentos y esculturas, y declarar monumentos, áreas y sitios históricos. Además de que para estas materias el texto constitucional establece el procedimiento de la doble lectura en los términos del artículo 89, inciso 3. Por lo que concluyó que

... la pretensión planteada por el amparista –a través de la cual, con el fin de hacer valer los principios y valores democráticos que surgen de nuestro ordenamiento jurídico, se requiere el cese de actos que configuran homenajes a personas que violaron nuestro orden constitucional– no puede ser acogida por un medio que importe a su vez vulnerar los procedimientos constitucionales.¹⁴

2. En la causa “Martín, Fernanda Leonor contra GCBA sobre amparo”, la actora solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N° 4888, que otorgó en concesión el servicio de control de estacionamiento en los tramos de diversas arterias de la Ciudad de Buenos Aires. Sustentó su pretensión en que la concesión del servicio programada y la determinación de los tramos de calles que se afectan al Sistema de Estacionamiento Regulado y Tarifado no se habían aprobado mediante el procedimiento de doble lectura previsto en el artículo 89, incisos 4, 5 y 6 de la Constitución de la Ciudad, lo cual resulta exigible

14. Juzgado CAyT N° 3, Expte. N° 30163/0, pronunciamiento del 04/08/2010.

frente a supuestos que impliquen un acto de disposición de bienes del dominio público y/o la concesión, permiso de uso o constitución de cualquier derecho sobre ellos (en el caso, calles) y/o la consagración de excepciones a regímenes generales (en el caso, la gratuidad del estacionamiento en todas las arterias de la Ciudad). Señaló además que se violaba también el artículo 90, en tanto prevé que ningún órgano del gobierno puede conferir excepciones al procedimiento de doble lectura, y que no había efectuado la publicación y convocatoria a audiencia pública, necesaria para los casos de modificaciones de uso o dominio de bienes públicos, en los términos del inciso 3 del artículo 90 y del artículo 63. En ese contexto, solicitó el dictado de una medida cautelar que ordenara la suspensión de la convocatoria y trámite de la licitación convocada mediante Resolución N° 356-SSTRANS-2014, hasta tanto se dictara sentencia definitiva.

El señor juez de primera instancia, luego de efectuar una reseña de la normativa involucrada, entendió que la Ley N° 4888, en tanto aprobó los Pliegos de Bases y Condiciones Generales, Particulares y Especificaciones Técnicas para la Licitación Pública Nacional para otorgar, bajo el régimen jurídico de concesión de servicio público, la prestación de los servicios relacionados con el Sistema de Estacionamiento Regulado en la Ciudad de Buenos Aires, importa una concesión, y que ella recae sobre la vía pública. Consecuentemente, y luego de recordar que las calles de la Ciudad integran el dominio público, concluyó que el Sistema de Estacionamiento Regulado pretende regular su uso y que la ley en cuestión dispuso una concesión sobre el dominio público, por lo que encuadra en el inciso 5 del artículo 89 de la CCABA, que impone el procedimiento de doble lectura para la sanción de leyes que importen concesión, permiso de uso o constitución de cualquier derecho sobre el dominio público de la Ciudad. A partir de tal conclusión, consideró configurada la verosimilitud en el derecho invocado por la actora, así como el requisito del peligro en la demora, y concedió la medida solicitada.

La Cámara de Apelaciones admitió el recurso de apelación planteado por la parte demandada y revocó el pronunciamiento de primera instancia al considerar que, *prima facie*, para la sanción de la Ley N° 4888 no se requería el procedimiento de doble lectura previsto en el artículo 89 de la Constitución local. Para así decidir tuvo en cuenta que la Ley N° 4003 estableció expresamente que el Sistema de Estacionamiento Regulado reviste el carácter de servicio público y es administrado por el Poder Ejecutivo de la Ciudad a través de la Autoridad de Aplicación, quien puede prestar el servicio por sí o a través de terceros, licitando la prestación de determinados servicios. Entendió que la concesión de bienes del dominio público a que se refiere la norma constitucional sería la regulada en la Ley local de Compras y Contrataciones de la Ciudad de Buenos Aires (Ley N° 2095), figura contractual distinta de la concesión de servicio público, contrato expresamente excluido de ese cuerpo normativo (artículo 4). Destacó al respecto que la concesión de servicio público es el acto mediante el cual el Estado encomienda a una persona, por tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un servicio público. El concesionario actúa por su propia cuenta y riesgo percibiendo una retribución por su labor, y mientras la concesión de un servicio público es otorgada en aras de la satisfacción directa del interés general, en el caso de las concesiones de bienes del dominio público puede contemplarse sólo el interés privado del concesionario. Efectuada la distinción conceptual de ambas figuras, concluyó que la norma impugnada no habría dispuesto el uso especial de un bien del dominio público que requiriera para su aprobación el sistema previsto en la Constitución, sino otorgar la concesión de un servicio público en aras de la satisfacción de interés general.¹⁵

3. En la causa “AGES-Cámara de Garajes y Estacionamientos contra la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sobre amparo (artículo 14 CCABA)” –Expte. N° 23035/0– la parte actora solicitó la nulidad y privación de efectos de lo actuado por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires por su

15. Juzgado CAyT N° 23, 04/09/2014; CCAyT, Sala I, 21/10/2014.

inconstitucional proceder a partir de la consulta en audiencia pública, y que se dispusiera la inmediata sanción definitiva de la ley de aprobación inicial por la cual se modificaba el Código de Edificación en los puntos 7.7.1.2 y 9, para que el Poder Ejecutivo procediera a su promulgación. Sustentó su pedido en la circunstancia de que la Legislatura se había apartado de lo establecido en la Constitución local con relación a la elaboración de la ley por el procedimiento de doble lectura, pues luego de que el proyecto tuviera aprobación inicial y no mereciera objeción en la audiencia pública celebrada, no había sido sancionado en forma definitiva. Entendió que, cumplidos todos los trámites previstos, debía continuarse conforme lo previsto en el artículo 86, pues los representantes del pueblo no pueden modificar ningún texto, aprobar o desaprobado, por cuanto se estaría vulnerando la voluntad de la ciudadanía expresada en la audiencia. Agregó que se había violado el artículo 90 *in fine*, en tanto dispone que ningún órgano de gobierno puede conferir excepciones al trámite de doble lectura.

La pretensión fue rechazada en ambas instancias, las cuales, en lo que aquí interesa, hicieron mérito de que si bien la ley contaba con aprobación inicial y la audiencia pública había sido convocada sin que se presentaran expositores, el proyecto inicial había sido tratado sobre tablas y sin Despacho de Comisión ni los informes correspondientes de los órganos involucrados. Al haberse omitido uno de los pasos previstos en la norma constitucional, lo dispuesto precisamente en la parte final del artículo 90 se constituía en un escollo a la pretensión amparista. La Legislatura, con posterioridad a la celebración de la audiencia, había salvado la omisión inicial al requerir los informes de los órganos involucrados, los que habían introducido objeciones a la ley. De ahí que no se advirtiera una conducta arbitraria o ilegítima por parte de la accionada, máxime cuando no surge del régimen aplicable para el dictado de leyes de doble lectura norma alguna que impida al legislador modificar el criterio senta-

do en la “ley de aprobación inicial” –haya o no sido debatido en audiencia pública– en función del interés general.¹⁶

4. En la causa “Comercio de Maderas SA y Denali SA contra GCBA sobre amparo (artículo 14 CCABA)” las actoras pretendían la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N° 449 correspondiente al distrito U23 de zonificación, y que se supliera la omisión inconstitucional incurrida al no haberse incluido en el nuevo texto del Código de Planeamiento Urbano las previsiones para la Zona 1 del Distrito U23 que habían sido objeto de aprobación inicial. La pretensión fue rechazada en primera instancia al considerar que la Legislatura se encuentra facultada a efectuar modificaciones al texto objeto de aprobación inicial en el mecanismo de doble lectura, atento al interés general de la comunidad que debe atender. En ese contexto la magistrada interviniente analizó el trámite del expediente legislativo y la exposición y presentación escrita de dos asistentes a la audiencia pública, concluyendo en la ausencia de arbitrariedad en la conducta legislativa.

A su turno, la Cámara de Apelaciones, al examinar los agravios de los amparistas relativos al presunto desarrollo irregular que habría tenido el procedimiento legislativo, merituó –en lo que aquí interesa– si la exposición de uno de los asistentes a la audiencia podía ser considerada como uno de los “reclamos y observaciones” que contempla el artículo 90 en el inciso 3 y que habría dado fundamento a la decisión legislativa de apartarse de lo resuelto en la aprobación inicial. Ello por cuanto aquellos entendían que dicha exposición no se ajustaba a lo dispuesto en la Ley N° 6 ya que el interesado no se habría inscripto en el registro respectivo en los plazos previstos por la Resolución N° 50/99. Luego de examinar la normativa aplicable y las constancias del expediente legislativo, concluyó el sentenciante que el expositor figuraba inscripto como orador en el registro complementario y en tal calidad lucía en la versión taquigráfica de la audiencia su participación. Agregó además que aun cuando se hubiese considerado probada la falta de inscripción como participan-

16. Juzgado CAyT N° 5, 26/02/2007; CCAyT, Sala I, 26/06/2007.

te, su intención de intervenir en el evento había sido registrada por los instructores de la audiencia en fecha posterior, sin que constara la existencia de impugnaciones al respecto, por lo que ello resultaría suficiente para otorgar a sus dichos la calidad de “reclamos y observaciones” en los términos del artículo 90, incisos 3 y 4, y a la luz del “principio de participación” que rige la materia por mandato constitucional.¹⁷

17. CCAyT, Sala II, 08/11/2001.

Artículo 91

Debe ratificar o rechazar los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo, dentro de los treinta días de su remisión. Si a los veinte días de su envío por el Poder Ejecutivo no tienen despacho de Comisión, deben incorporarse al orden del día inmediato siguiente para su tratamiento. Pierden vigencia los decretos no ratificados. En caso de receso, la Legislatura se reúne en sesión extraordinaria por convocatoria del Poder Ejecutivo o se autoconvoca, en el término de diez días corridos a partir de la recepción del decreto.

LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA Y SU PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

por **Martín M. Converset**

CONCEPTO, ANTECEDENTES Y CARACTERIZACIÓN DEL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA

En primer lugar, resulta oportuno comenzar por tratar de definir este instituto de excepción para luego desarrollar su procedimiento en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Así, para Bidart Campos, los reglamentos de necesidad y urgencia “son los que se dictan sobre materias propias de la competencia legislativa, cuando una urgencia súbita

exige emitir las normas que el Congreso no ha dictado, o suplirla lisa y llanamente”;¹ por su parte, para Comadira, los decretos de necesidad y urgencia “son los que dicta el Poder Ejecutivo en los casos autorizados por la Constitución Nacional, sin que medie autorización o habilitación legislativa, para regular materias que son propias del legislador”.²

Esta facultad de dictar normas materiales con fuerza de ley no estaba prevista en la Constitución originaria de 1853, por lo que puede desprenderse que tal potestad estaba totalmente prohibida y no fue ideada por el constituyente originario.

Sin embargo, la historia ha demostrado que, aun previo a su incorporación, el Departamento Ejecutivo ha echado mano a esta herramienta en distintos casos. Así, por ejemplo, el Presidente Frondizi dictó mediante este instrumento el estado de sitio y creó empresas estatales, el Presidente Illia resolvió la nulidad de los contratos petroleros firmados con empresas extranjeras, o el Presidente Alfonsín, que cuando no contaba con mayoría propia en el Congreso, acudió a los decretos de necesidad y urgencia para paliar situaciones de emergencia económica, crisis financiera y reforma del Estado, ante el rechazo manifiesto por la oposición de distintos proyectos de ley presentados en el legislativo.³

La facultad de dictar este tipo de normas tuvo sustento en la antigua doctrina de Joaquín V. González,⁴ y fue convalidada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en otros precedentes. Entre los fundamentos que justificaban esta postura, se distinguían situaciones de grave riesgo social y económico, la subsistencia del Estado y la ineficacia del trámite ante el Poder Legislativo para superar las dificultades sobrevinientes, entre otros.

1. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino: nueva edición ampliada y actualizada a 2002-2004*, Buenos Aires, Ediar, 1ª ed., 2005, T. II-B, p. 302.

2. Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, T. I, p. 55.

3. Balbín, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 398-399.

4. El autor entendía que el Poder Ejecutivo al dictar reglamentos o resoluciones generales, podía invadir la esfera legislativa, o en casos excepcionales o urgentes, crear necesario anticiparse a la sanción de una ley; entonces, la ulterior aprobación de sus decretos por el Congreso, daba a estos el carácter y fuerza de leyes (González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina [1853-1860]*, actualizado por Humberto Quiroga Lavié con referencia a la Constitución de 1994, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 515).

A modo de ejemplo, en el célebre caso “Peralta”⁵ que fuera resuelto por la Corte Suprema antes de la reforma constitucional, se discutía la validez constitucional de un decreto dictado por el Poder Ejecutivo en el que dispuso la indisponibilidad de los depósitos de dinero a plazo fijo en todas las entidades financieras del país. El máximo tribunal, revalidando el reglamento, entendió que “acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios”, y que “en caso de crisis es el Ejecutivo el responsable de preservar la integridad de la comunidad del Estado”. Este fallo, en palabras de Gelli, “constituyó la convalidación jurisprudencial de los decretos de necesidad y urgencia” ante la falta de regulación en esa Constitución Nacional.⁶

La experiencia de la inestabilidad de la tríada clásica de división de poderes en nuestro sistema republicano y las lamentables fracturas del sistema democrático que sufrimos, llevaron a la Convención Nacional Constituyente de 1994 a replantearse la ingeniería institucional plasmada en la Constitución histórica, contrastándola con el nuevo rol del Estado, en aras de otorgarle mecanismos válidos para enfrentar los nuevos paradigmas de la realidad social. Frente a ello, los convencionales tuvieron como principal objetivo atenuar el sistema presidencialista, fortalecer el rol del Congreso de la Nación y dotar de mayor independencia al Poder Judicial.

LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

En el artículo bajo análisis se advierte sin hesitación alguna que el constituyente local no fue ajeno a la experiencia de situaciones de crisis económica y social por las que se transitó en el ámbito federal; y antes de negar esta atribución de excepción, se optó por equipar al Jefe de Gobierno de una herramienta necesaria con el objeto de dar protección especial a los intereses generales de la sociedad porteña, aunque –como veremos– con un procedimiento en el que se arbitran medidas

5. CSJN, “Peralta Luis Arcenio y otro c/Estado Nacional - Ministerio de Economía - Banco Central de la República Argentina s/amparo”, Fallos: 313:1513 (1990).

6. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., ampliada y actualizada, 2003, p. 700.

indispensables para el ejercicio de un verdadero control político por parte del legislador local que representa fielmente los intereses de la voluntad popular.

No resulta menor señalar que en la Convención Constituyente local hubo diferentes visiones sobre su implementación. La convencional Bullrich señaló que

Los decretos de necesidad y urgencia contradicen la tradición histórica de nuestro país. Al facultarse al Poder Ejecutivo a dictar decretos de necesidad y urgencia, esta se contradice con nuestro sistema presidencialista ya que esas autorizaciones son propias de los sistemas parlamentarios, y esta autorización se aparta de la tradición argentina. (...) No queremos que la Ciudad de Buenos Aires nazca mal, que adopte un sistema de delegación legislativa. *Proponemos mecanismos nuevos*. Propiciamos que el Jefe de Gobierno pueda legislar con trámites urgentes pero a partir de lograr la verdadera división de poderes que debe tener nuestro sistema republicano.⁷

Por su lado, la convencional Yelicic, luego de efectuar un desarrollo argumentativo⁸ del tema, consideró que limitar y obligar que los de-

7. *Diario de sesiones. Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2016, T. 3, p. 62 (el destacado me pertenece).

8. *Ibíd.*, p. 310 y ss.: “La Constitución Nacional, en su artículo 99, inciso 3, legitima el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo, ‘sin que de la redacción contenida en la misma surjan las herramientas encaminadas a impedir sus efectos nocivos para el sistema. Por el contrario, los remedios institucionales brillan por su ausencia. Eso es así hasta el punto que se le obliga al jefe de gabinete a someter el decreto a una comisión bicameral para su consideración, sin establecer cuáles son los efectos jurídicos de dicha intervención’. Sabsay (Bicameral no está creada).

Para Villegas Basavilbaso, las condiciones necesarias para el dictado de dichos decretos serían: la existencia de hechos o circunstancias que afectan la existencia, la seguridad y el orden público y que deban ser disciplinadas sin dilación. El parlamento debe estar en receso, o en la imposibilidad material de ser convocado con la premura que exigen los hechos o circunstancias. El Poder Ejecutivo debe tener la intención manifiesta de someter el reglamento a la ratificación del Parlamento, inmediatamente de su reunión. (Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, 1949, T. I, p. 285 y ss.).

Diez y Marienhoff, también coinciden en que debe haber una situación de necesidad como en el caso de guerras, grandes calamidades generales, que es necesario resolver con urgencia, estando el Parlamento en receso y a condición de su inmediata ratificación por el Congreso (Diez, *Derecho Administrativo - Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo*).

cretos de necesidad y urgencia sean tratados por la Legislatura para su ratificación o rechazo “es un gran avance para nuestra Ciudad”.⁹ Ello por cuanto, en apretada síntesis, entendía que

... [a] partir del caso Peralta, en que la Corte Suprema de Justicia convalida los decretos de necesidad y urgencia a pesar del rechazo de la Cámara, surge una nueva corriente interpretativa, y de allí en más, la invasión de decretos de necesidad y urgencia, que más que de necesidad y urgencia, con carácter transitorio y excepcional, se convirtieron en una forma de gobierno.¹⁰

Lo propio señaló la convencional Meijide, al indicar que “la limitación de los decretos de necesidad y urgencia, que garantiza un más armonioso equilibrio entre los poderes (...) evitará la concentración desmedida de poder en el Ejecutivo”.¹¹

Es por ello que la regulación de esta figura en el artículo 103 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, con mejoras en su procedimiento para su aprobación o rechazo que se pueden vislumbrar en el artículo en comentario, ha seguido una redacción similar a la elegida

En relación con las situaciones de emergencia económico sociales, la Corte Suprema de Justicia había elaborado algunas pautas precisas consignadas en la causa ‘Ángel Russo’ (Fallos: 243:274 del 15/5/59), donde expuso que cualquier medida que eventualmente se tomare ante un hecho extraordinario requerirá inexcusablemente la sanción de una ley del Congreso, que la norma debe perseguir un fin público y ser de carácter eminentemente transitorio.

El cambio cualitativo y cuantitativo generado por el acelerado incremento de decretos de necesidad y urgencia emanados del Poder Ejecutivo en la última década, tuvo a partir del caso ‘Peralta’, vinculado con el Decreto 36/90, del 27 de diciembre de 1990, su convalidación por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La importancia resulta indiscutible, pues abrió una nueva etapa, o una nueva corriente interpretativa...”

9. *Ibíd.*, p. 37.

10. *Ibíd.*, pp. 36-37.

11. *Ibíd.*, p. 1174.

por el constituyente reformador nacional de 1994,¹² en la que se “repite prácticamente palabra por palabra...”¹³

Así lo ha entendido Quiroga Lavié cuando señaló que el constituyente local procedió correctamente al reglar

... el dictado de decretos de necesidad y urgencia, pero solamente en “circunstancias excepcionales que hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes”. Se ha seguido a pie juntillas el texto del inciso 3 del artículo 99 de la Constitución Nacional, lo cual pone de manifiesto que su formulación no le ha parecido defectuosa al Constituyente de la Ciudad (...) Si se hubiera encontrado una fórmula superadora de posibles imprecisiones en el texto nacional se la hubiera utilizado para mejorar el diseño.¹⁴

EL RÉGIMEN LEGAL Y EL TRÁMITE DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Y EN LA LEY N° 15

Efectuado el breve análisis sobre la implementación de este tipo de herramienta jurídica en el ámbito local, corresponde adentrarse en su trámite que se encuentra regulado en el juego armónico de las previsio-

12. Art. 99, CN: “El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

13. Sabsay, Daniel A. y Onaindia, José M., *La Constitución de los porteños. Análisis y comentario*, Buenos Aires, Errepar, 1997, p. 214.

14. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 290.

nes contenidas en los artículos 91, 103 y 105 del texto constitucional de la Ciudad; y en la Ley N° 15. En dicho marco normativo se establece el procedimiento tanto para su aprobación como para su rechazo. Veamos:

En primer lugar, en el artículo 103 *in fine* se determina que, una vez dictado el decreto de necesidad y urgencia por el Jefe de Gobierno, debe ser remitido a la Legislatura para su ratificación dentro de los diez días corridos de su dictado bajo pena de nulidad. La sanción legal ante el incumplimiento de este recaudo, es la pérdida de validez del acto y la privación de la producción de cualquier efecto jurídico. Téngase en cuenta la naturaleza compleja del trámite que destaca el control político de este instituto, que ante su inobservancia, fulmina de nulidad a la norma.

También se prevé una prohibición expresa para el dictado de este tipo de reglamentos en materia procesal penal, tributaria, electoral o sobre el régimen de los partidos políticos,¹⁵ circunstancia en la cual, como se verá, podrían encontrarse legitimados ciertos sujetos para acudir ante el Poder Judicial si el Departamento Ejecutivo se expidiera sobre alguno de estos temas.

Asimismo, en el inciso 3 del artículo 105 se establece, entre los deberes del Jefe de Gobierno, la obligación de convocar a sesiones extraordinarias en los casos del dictado de un decreto de necesidad y urgencia si la Legislatura estuviere en receso. Por su parte, en el comentado artículo 91 del texto constitucional local se determina que en caso de receso, la Legislatura se reúne en sesión extraordinaria por convocatoria del Poder Ejecutivo o se autoconvoca en el término de diez días corridos a partir de la recepción del decreto. Como se puede apreciar, una vez remitido el instrumento al órgano legislativo, este debe ratificar o rechazar el decreto de necesidad y urgencia dictado por el Poder Ejecutivo dentro de los treinta días desde su remisión.

Creemos que el constituyente local, si bien –como se señaló– el mecanismo resulta casi idéntico al federal, ha optado por una solución

15. Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 2, “Corti Arístides Horacio y otros c/GCBA”, del 21/04/2011; La Ley online AR/JUR/11805/2011. En el citado caso, el juez ordenó cautelarmente suspender la vigencia de un decreto de necesidad y urgencia por cuanto entendió que la Constitución de la Ciudad no habilita la competencia del Jefe de Gobierno para crear normas de carácter punitivo respecto a ellas, dado que se trata de una potestad delegada al Congreso de la Nación (arts. 75, inc. 22, y 121, Constitución Nacional).

perspicaz en caso de inactividad del legislativo una vez remitido el decreto, lo que hace que el texto porteño se aleje en este punto de la Constitución Nacional. En efecto, en la normativa bajo estudio se exige que si a los veinte días de su envío por el Poder Ejecutivo no tienen Despacho de Comisión, deben incorporarse al orden del día inmediato siguiente para su tratamiento. A ello cabe agregar que, en concordancia con lo establecido en el artículo 103 *in fine*, el constituyente estableció que cuando los decretos no son ratificados por la Legislatura pierden su vigencia. Circunstancia que resulta diferente en el ámbito federal.

Allí, según lo previsto en la Ley N° 26122, el Congreso Nacional mediante la Comisión Bicameral Permanente debe darle expreso e inmediato tratamiento a la medida dictada por el Ejecutivo, y su rechazo o aprobación debe manifestarse de manera expresa. De este modo, el silencio del órgano legislativo o su inactividad, puede generar que se retarde de manera indefinida el tratamiento del decreto mientras este surte efectos en el ordenamiento jurídico, generando derechos y obligaciones.

Es necesario recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando convalidó el decreto de necesidad y urgencia en el mencionado caso “Peralta”, validó la discutida doctrina de la aceptación del silencio del legislativo. Entre los fundamentos, sostuvo que puede reconocerse la validez constitucional de este tipo de normas cuando “en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados”; afirmando, en consecuencia, “que el Congreso no ha tomado decisiones que manifiesten su rechazo”.

Si bien en la norma nacional se reguló conforme dicha doctrina jurisprudencial, el convencional constituyente entendió que el silencio del Congreso no podría ser interpretado como aprobación a los decretos dictados por el Poder Ejecutivo. En tal sentido, se expresó:

... derogamos para siempre la triste doctrina sentada en el caso Peralta, que le dio valor positivo al silencio como expresión del Congreso. No hay más silencio del Congreso que pueda interpretarse como un consentimiento al Poder Ejecutivo, si no se lo indica expresamente. El caso Peralta ha fenecido, ha muerto. Y, en este sentido, no dudo de

que prestamos un enorme servicio a la Argentina y al funcionamiento democrático de mi país.¹⁶

Como vemos, la regulación local ha intentado mejorar el sistema federal logrando una razonable interpretación de las funciones inherentes de cada Poder del Estado, sea como legislador propiamente dicho o como *colegislador* en la función prevista para *circunstancias extraordinarias o excepcionales*.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento, es dable hacer referencia a las previsiones contenidas en la Ley N° 15 en la que se regula la ratificación o rechazo de los decretos de necesidad y urgencia en el ámbito local.

En la norma se determina que la ratificación o rechazo de los decretos de necesidad y urgencia por parte de la Legislatura, se manifestará mediante resolución, la cual no puede modificar el texto del decreto.

La resolución que ratifique o rechace el decreto deberá ser adoptada por simple mayoría de los votos emitidos, salvo que versara sobre una materia para cuya regulación la Constitución exija una mayoría superior, para lo cual su ratificación deberá realizarse con la mayoría correspondiente. En caso de no alcanzarse tal recaudo, se considerará rechazado.

Si en el decreto de necesidad y urgencia se regulara una materia cuya aprobación exija doble lectura,¹⁷ la Legislatura deberá seguir el procedimiento establecido en el artículo en comentario, de conformidad con lo previsto en el artículo 2 *bis* de la citada ley.¹⁸

16. Ver intervención de los convencionales Natale y Ortiz Pellegrini en la 19ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 28/07/94, *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, Santa Fe-Paraná 1994, Secretaría Parlamentaria, Dirección Publicaciones, T. II, pp. 2355-2356 y 2452-2453.

17. Art. 89, CCABA: "Tienen el procedimiento de doble lectura las siguientes materias y sus modificaciones: 1. Códigos de Planeamiento Urbano, Ambiental y de Edificación. 2. Plan Urbano Ambiental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 3. Imposición de nombres a sitios públicos, emplazamiento de monumentos y esculturas y declaración de monumentos, áreas y sitios históricos. 4. Desafectación de los inmuebles del dominio público y todo acto de disposición de estos. 5. Toda concesión, permiso de uso o constitución de cualquier derecho sobre el dominio público de la Ciudad. 6. Las que consagran excepciones a regímenes generales. 7. La ley prevista en el artículo 75. 8. Los temas que la Legislatura disponga por mayoría absoluta".

18. Art. 2° *bis*, Ley N° 15: "Cuando el decreto de necesidad y urgencia regule una materia cuya aprobación exija doble lectura, la Legislatura debe seguir el siguiente procedimiento, en el marco de lo establecido por el artículo 91 de la Constitución de la

Por lo tanto, realizada la votación y producida su aprobación, el Presidente de la Legislatura deberá comunicar la resolución definitiva al Poder Ejecutivo y ordenará inmediatamente su publicación en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires, la que tendrá rango de ley. Pero si el decreto es rechazado, perderá vigencia a partir de la publicación de la resolución de la Legislatura en el Boletín Oficial de la Ciudad y, a diferencia de lo previsto en la Ley N° 26122, la falta de pronunciamiento también importará el rechazo del decreto, el cual perderá vigencia a partir del vencimiento del plazo previsto en el artículo 91 de la Constitución de la Ciudad.

Este fue el criterio del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad al resolver diferentes acciones en las cuales los decretos de necesidad y urgencia que se cuestionaban no se encontraban vigentes por haber transcurrido, desde su remisión a la Legislatura por el Departamento Ejecutivo, el plazo de treinta días establecido en el artículo 91 de la Constitución porteña, sin que el órgano legislativo se hubiera pronunciado por su ratificación.¹⁹

A su vez, en la Ley N° 15 se establece que el Poder Ejecutivo podrá modificar o dejar sin efecto un decreto de necesidad y urgencia, en el supuesto de que la Legislatura aún no se haya expedido o quede rechazado por vencimiento de los plazos constitucionales. En ambos casos, el Jefe de Gobierno deberá remitir el nuevo decreto a la Legislatura.

Ciudad: a) Despacho previo de comisión, dentro de los primeros veinte (20) días de su remisión, de conformidad con las exigencias establecidas en el inciso 1 del artículo 90 de la Constitución de la Ciudad. b) La Legislatura aprueba inicialmente el proyecto, conforme la exigencia del inciso 2 del artículo 90 de la Constitución de la Ciudad. El plazo máximo para el cumplimiento de las exigencias establecidas en los incisos anteriores nunca deberá superar los treinta días desde la fecha de la remisión del Decreto de Necesidad y Urgencia. c) Una vez aprobado inicialmente el proyecto, se seguirá con el procedimiento establecido en los incisos 3 y 4 del artículo 90 de la Constitución de la Ciudad, debiendo emitir la Legislatura resolución definitiva dentro del plazo de treinta (30) días contados a partir de la fecha de realización de la audiencia pública. La vigencia del decreto, en estos casos, se extenderá hasta la publicación de la resolución definitiva de la Legislatura”.

19. TSJ, “Corti, Arístides Horacio María y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. N° 8009, del 08/06/2011; “Pastor de Bonafini, Hebe y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. N° 8038, del 08/06/2011; “García, Analía Viviana y otra c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. N° 8032, del 08/06/2011; “Fornasari, N. Fabio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. N° 8147, del 10/08/2011.

También se prevé en la citada ley que los diputados están legitimados para solicitar, ante el Poder Judicial, la declaración de nulidad de los decretos de necesidad y urgencia en los casos previstos por la Constitución y las leyes. Sobre este punto se puede mencionar un caso en el que un grupo de legisladores inició una acción de amparo—con un pedido de medida cautelar— por considerar que se encontraban afectados en sus derechos al haberseles sustraído la posibilidad de debatir la sustancia de los diferentes aspectos de un decreto de necesidad y urgencia ante su dictado, en tanto su competencia se encontraba limitada a rechazar o aprobar el decreto; más aún cuando no estaban presentes las circunstancias fácticas necesarias que justificasen el dictado de una norma de esa índole. El juez de la causa admitió la medida cautelar por considerar que en el decreto se legislaba sobre materia tributaria que está expresamente vedada en el artículo 103 de la Constitución local.²⁰

En síntesis, del breve análisis que hemos realizado, se ha entendido que el sistema establecido en la Constitución de la Ciudad avanza y perfecciona el procedimiento instituido a nivel nacional, puesto que prevé explícitamente que los decretos pierden vigencia en el caso de que la Legislatura no los ratifique en forma expresa y, a su vez, instituye un plazo exacto dentro del cual el legislador local debe expedirse bajo apercibimiento de considerar nulo al decreto si no es ratificado, rebatiendo de este modo cualquier forma de aprobación o rechazo ficto.

También se ha señalado que lo contrario podría implicar excesos de los poderes constituidos al momento de ejercer las políticas de gobierno y el acostumbramiento de la sociedad frente a tal comportamiento. Así lo explicaba el Procurador General ante la Corte Suprema, Sebastián Soler, en su dictamen de 1958 en la causa conocida como “Cine Callao”,²¹ al señalar que

... poco a poco la autoridad se acostumbra a incurrir en extralimitaciones, y lo que en sus comienzos se trata de justificar con referencia a situaciones excepcionales o con las invocaciones de necesidades generales de primera magnitud, se transforma, en mayor o menor

20. Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 8, “Cerruti, Gabriela Carla y otros c/GCBA s/amparo”, del 20/05/2013; Sup. Adm. 14/06/2013, 34, La Ley 2013-C, 568; LLCABA 2013 (junio), 345; DJ 31/07/2013, 77; disponible en: AR/JUR/15852/2013.

21. CSJN, “Callao (Cine) s/interpone recurso jerárquico c/resolución dictada por la Direc. Nac. Serv. Empleo”, Fallos: 247:121 (1960).

tiempo, en las condiciones normales del ejercicio del poder. Ocurre después algo peor. Los mismos gobernados se familiarizan con el ejercicio, por parte del gobierno, de atribuciones discrecionales para resolver problemas. Y entonces, consciente o subconsciente, pero siempre como si el derecho vigente hubiera sido sustituido o derogado por un nuevo derecho consuetudinario, cada sector de la comunidad exige, si está en juego su propio interés, que la autoridad recurra a cualquier desvío o exceso de poder.

Capítulo Cuarto

Juicio político

Artículo 92

La Legislatura puede destituir por juicio político fundado en las causas de mal desempeño o comisión de delito en el ejercicio de sus funciones o comisión de delitos comunes, al Gobernador, al Vicegobernador o a quienes los reemplacen; a los ministros del Poder Ejecutivo, a los miembros del Tribunal Superior de Justicia; del Consejo de la Magistratura; al Fiscal General; al Defensor General; al Asesor General de Incapaces; al Defensor del Pueblo y a los demás funcionarios que esta Constitución establece.

Artículo 93

Cada dos años y en su primera sesión, la Legislatura se divide por sorteo, en una sala acusadora integrada por el setenta y cinco por ciento de sus miembros y en una sala de juzgamiento compuesta por el veinticinco por ciento restante, respetando la proporcionalidad de los partidos o alianzas. Cada sala es presidida por un diputado elegido por mayoría simple entre sus miembros. Cuando el juicio político sea contra el Gobernador o el Vicegobernador, la sala de juzgamiento es presidida por el presidente del Tribunal Superior.

Artículo 94

La sala acusadora nombra en su primera sesión anual una comisión para investigar los hechos en que se funden las acusaciones. Dispone de facultades instructorias y garantiza al imputado el derecho de defensa. Dictamina ante el pleno de la sala, que da curso a la acusación con el voto favorable de los dos tercios de sus miembros. El acusado queda suspendido en sus funciones, sin goce de haberes. Quedan excluidos de esa votación los miembros de la sala de juzgamiento.

La sala de juzgamiento debate el caso respetando la contradicción y la defensa. La condena se dicta por mayoría de dos tercios de sus miembros y tiene como único efecto la destitución, pudiendo inhabilitar al acusado para desempeñar cualquier cargo público en la Ciudad hasta diez años.

Si la sala de juzgamiento no falla en los cuatro meses siguientes a la suspensión del funcionario, se lo considera absuelto y no puede ser sometido a nuevo juicio político por los mismos hechos.

EL JUICIO POLÍTICO: DEFINICIÓN GENERAL, NATURALEZA JURÍDICA Y ANTECEDENTES

Por Mariano Heller y Mara Pegoraro

Cuantas más faltas se encuentran en un gran hombre y más evidentes son sus debilidades, más seriamente debemos buscar cuál fue el verdadero poder que le permitió realizar lo que realizó.¹

El juicio político es una atribución dispersa del Poder Legislativo y como tal, contribuye a la identificación del sistema político porteño como un sistema republicano con controles recíprocos entre los poderes, que respeta el principio genético de independencia y no intervención. El juicio político es la institución que hace efectiva la responsabilidad política.

Se trata de un proceso excepcionalísimo que tiene raigambre en la Constitución de los Estados Unidos, conocido allí como *impeachment*. En la Constitución Nacional, son los artículos 53, junto con el 59 y el 60, donde se describe la naturaleza y causa que pone en funcionamiento el instituto de juicio político, cuya finalidad ulterior es la remoción del titular del Poder Ejecutivo.

Las definiciones de juicio político son variadas. Joaquín V. González afirma que “no es el castigo de la persona, sino la protección de los intereses públicos contra el peligro por el abuso por el poder oficial, des-

1. Glover, T. R., *El mundo antiguo*, Buenos Aires, Eudeba, 1965, p. 219.

cuido del poder o conducta incompatible con la dignidad del cargo”.² De acuerdo con Ana María Mustapic, es uno de los tres procedimientos que permiten hacer efectiva la salida presidencial, una herramienta conferida al Congreso.

Según Aníbal Pérez-Liñán, los juicios políticos son acontecimientos poco comunes. Por lo tanto, la literatura tradicional sobre las instituciones latinoamericanas ha tendido en general a prestarles poca atención.³ El juicio político suele ser considerado como una herramienta de difícil utilización por las altas mayorías que requiere para hacerse efectiva. Esto lo vuelve una institución constitucional dependiente de la relación de fuerzas entre el Ejecutivo y la o las Cámaras del Legislativo. De allí, entonces, que históricamente se haya relativizado su impacto sobre la *performance* democrática de los diseños presidenciales. Sin embargo, y pese a estas consideraciones de índole teórica, el juicio político a jefes del ejecutivo ha sido más frecuente de lo inicialmente supuesto.⁴ Desde el retorno democrático en 1983, siete provincias argentinas han llevado adelante procesos de *impeachment* o juicio político que concluyeron en la remoción del titular del Ejecutivo (Santa Cruz, 1990; San Juan 1992 y 2002; Corrientes, 1999; Tierra del Fuego, 2005 y La Rioja, 2007).

Teniendo en cuenta la definición de Serrafiero, no existe un mismo diseño de juicio político para todos los países. Las diferencias existen respecto a causales, órganos acusadores y juzgadores, el procedimiento mismo y sus efectos antes, durante y después de dictarse la sentencia. No es correcta, entonces, la generalización que se hace usualmente. De acuerdo con el Sistema de Información Legislativa, es un procedimiento de orden constitucional que realizan las cámaras del Congreso –la Cámara de Diputados como órgano de acusación y la Cámara de Senadores como órgano de sentencia– para hacer efectivo el principio de responsabilidad de los servidores o funcionarios públi-

2. González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Editorial Estrada, 26ª edición, 1971, p. 504.

3. Pérez-Liñán, Aníbal, *Juicio político al presidente y nueva estabilidad política en América Latina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 19.

4. Serrafiero, Mario Daniel, “Juicio político y derrumbe institucional en la Argentina (1976)”, en *Estudios interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, vol. 8, N° 2, pp. 41-66, 1997; Pérez-Liñán, Aníbal, *op. cit.*

cos establecido por la Constitución, que incurrir en responsabilidad durante el ejercicio de sus cargos, con independencia de los juicios penales que se sigan en su contra por dicha razón.

De esta manera, en los sistemas presidenciales, la expresión “juicio político” describe un tipo especial de juicio al Presidente mediante el cual se faculta al Congreso (en ocasiones con el acuerdo del Poder Judicial) para remover al funcionario de su cargo. Un juicio político no está pensado como un juicio penal, sino como un procedimiento político que le permite al Poder Legislativo remover al funcionario de su cargo ante acusaciones,⁵ por ejemplo de mal desempeño en el cargo. De esta manera, resulta fundamental la distinción entre juicio político y juicio jurisdiccional. Lógicamente ambos son juicios, pero el juicio penal requiere fundamentalmente una ley previa que sea aplicada al imputado en base a una conducta tipificada. Esta ley conlleva una sanción concreta, en tanto y en cuanto en el juicio político la sanción es simplemente la remoción.⁶ Vale resaltar que la Legislatura es siempre quien inicia los juicios políticos.⁷

En este sentido, y citando a Gabriela Mojica Rayón, el juicio político es un método excepcional para el fincamiento de responsabilidades administrativas, y garantiza que los servidores públicos que pueden ser sometidos a él no sean removidos sino mediante la intervención de las dos Cámaras del Congreso. Es decir, es el procedimiento idóneo para establecer las responsabilidades administrativas en las que hayan podido incurrir los servidores públicos de alto nivel, y sólo por ese medio podrá destituírseles o inhabilitárseles.

Sin lugar a dudas, existen conductas que no están ni remotamente cerca de estar tipificadas por el Código Penal, aunque pueden constituir causal de remoción para el legislador al que le toque definir una eventual destitución. Existe, en el caso del juicio político, un nivel importante de discrecionalidad.⁸ Así, la misma calificación del juicio político determina que es justamente eso, un juicio político que no tiene similitudes con el paso de un imputado por un tribunal jurisdiccional.

5. *Ibíd.*, p. 26.

6. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires comentada*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 257.

7. Pérez-Liñán, Aníbal, *op. cit.*, p. 26.

8. Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, p. 257.

El *mainstream* en ciencia política tiende a considerar a los juicios políticos como un subtipo de crisis presidencial. Desde esta perspectiva, entonces, el juicio político puede expresar una forma extremadamente hostil de interacción entre el Ejecutivo y el Legislativo. El juicio político no es sólo un recurso legal para remover mandatarios responsables o culpables de delitos graves, sino que suele ser un arma institucional.

El análisis de la coyuntura en la que suelen darse los juicios políticos a los primeros mandatarios señala tres características que favorecen la utilización de este instituto y un desenlace desfavorable, es decir la remoción del cargo. En primer lugar, la presencia de escándalos en su mayoría ligados a la corrupción en la que se ven envueltos los jefes del Ejecutivo. En segundo lugar, un débil apoyo legislativo. Esto es, el Presidente o Jefe de Gobierno no ostenta una clara mayoría propia en la Legislatura; carece de un escudo legislativo que pueda protegerlo de la construcción de mayorías circunstanciales para iniciar el proceso de *impeachment*. Finalmente, un alto nivel de indignación popular expresado, la mayoría de las veces, en manifestaciones sociales. Vale señalar en este punto que no debe tratarse exclusivamente de masivas movilizaciones, basta con que un sector con preferencias intensas se exprese y logre la debida repercusión mediática.

CAUSALES DE REMOCIÓN

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prevé, en su artículo 92, la posibilidad de destituir a una serie de funcionarios por el procedimiento del juicio político. Están mencionados en el citado artículo y son: Gobernador (Jefe de Gobierno), Vicegobernador (Vicejefe de Gobierno) o quienes los reemplacen, los ministros del Poder Ejecutivo, los miembros del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Magistratura, el Fiscal General, el Defensor General, el Asesor General de Incapaces y el Defensor del Pueblo, entre otros.

Las causales sobre las cuales se puede fundar el procedimiento de juicio político, también estrictamente mencionadas en el artículo 92, son el mal desempeño, la comisión de delito en el ejercicio de las funciones o la comisión de delitos comunes.

En principio, lo fundamental que se debe distinguir acerca de la causal de mal desempeño es que se funda en un concepto indeterminado. Quiroga Lavié establece que “se concreta caso por caso, de acuerdo al impacto o repercusión de la conducta que es juzgada”.⁹ A su vez, la gran mayoría de los doctrinarios lo califica en forma simple, basándose en la mencionada indeterminación, como lo contrario al buen desempeño. En este sentido, Bidart Campos agrega que el mal desempeño puede no ser doloso ni culposo, y provenir, por ejemplo, de causas ajenas a la voluntad del funcionario.¹⁰

A pesar de esta raíz común y sin pasar por alto que en cualquier caso cuando se habla de mal desempeño, se hace referencia a valoraciones estrictamente políticas, es posible destacar que no es lo mismo valorar conductas de funcionarios de los poderes políticos que conductas de funcionarios de poderes jurisdiccionales.¹¹ En este sentido, no debería necesariamente utilizarse un criterio similar si se habla, por ejemplo, de un Jefe de Gobierno o de un miembro del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad. La naturaleza esencialmente diversa de ambas tareas requiere análisis diversos.

A título de ejemplo, en el caso del juicio político al ex Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Aníbal Ibarra, el dictamen acusatorio de mayoría establece como causales de mal desempeño la “ineficaz e ineficiente política de habilitación, verificación y control de las actividades comerciales”, la designación de funcionarios sin cumplimiento del requisito de idoneidad, “negligencia en la adopción de medidas adecuadas en respuesta a las alertas institucionales de la Defensoría del Pueblo, de las resoluciones de la Legislatura y de las recomendaciones de la Auditoría General de la CABA”, “ineficiente e irregular ejercicio del poder de policía de habilitación y control”, “direccionamiento arbitrario de los operativos de control de las actividades comerciales”, “incumplimiento manifiesto de resoluciones administrativas y judiciales”, “ineficaz e ineficiente política de prevención, coordinación y respuesta ante la emergencia”.¹² Gran cantidad

9. *Ibíd.*, p. 259.

10. Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 193.

11. Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, p. 261.

12. Dictamen de mayoría. Sala Acusadora. Juicio político al Dr. Aníbal Ibarra, 2006.

de estas causales fueron utilizadas en los argumentos de los diputados que votaron por la destitución del Dr. Ibarra.¹³

En cuanto a este procedimiento en particular:

... el desarrollo del proceso estuvo plagado de incidentes jurídicos y políticos, estos porque el funcionario destituido era un aliado del Gobierno nacional en la Ciudad y se sugirieron presiones del Presidente de la Nación y alguno de sus ministros, en defensa de aquel [Ibarra].¹⁴

Por otro lado, hay que tener en cuenta los delitos comunes y los delitos en el ejercicio de sus funciones. En este caso, cualquier tipo de posible interpretación no da lugar a tantas dudas. Siempre y cuando alguien pasible de ser objeto de un juicio político según el mandato constitucional cometa un delito tipificado por el Código Penal anteriormente a la conducta reprochada, podrá ser sometido a tal procedimiento.

De todos modos, y teniendo en cuenta la habitual duración de los procesos penales en la Argentina, se abre el debate respecto de la posibilidad de tratar un eventual juicio político luego de que el acusado sea procesado o si hay que esperar a que exista una condena firme para evitar vulnerar el principio de inocencia expresado por la Constitución Nacional.

COMPOSICIÓN DE LAS SALAS. PROCESO DE ACUSACIÓN Y REMOCIÓN

La Legislatura porteña está integrada por sesenta escaños y se renueva por mitades cada dos años, de acuerdo con el sistema electoral proporcional D'Hondt sin umbral legal. El artículo 93 de la Constitución de la Ciudad establece que la Legislatura, por ser unicameral, al inicio de su primera sesión deberá proceder cada dos años y por sorteo a determinar la composición de la Sala Acusadora y de la Sala Juzgadora.

Sobre un total de sesenta legisladores, se establece que el 75% de ellos integrará la Sala Acusadora y el 25% restante compondrá la Sala Juzgadora. La composición deberá respetar la proporcionalidad de

13. Versiones taquigráficas de la Sala Juzgadora del día 7 de marzo de 2006.

14. Midón, Mario (director) y VV. AA., *Constituciones Provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires comentadas. Análisis de los institutos más destacados de las 24 constituciones vigentes*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 95.

partidos o alianzas. Cada una de las salas es presidida por un legislador integrante, pero se establece que “cuando el juicio político sea contra el Gobernador o el Vicegobernador, la sala de juzgamiento es presidida por el presidente del Tribunal Superior”.¹⁵ La composición de las salas está bien establecida en la letra constitucional. No obstante, en ocasión del proceso de *impeachment* al doctor Ibarra, debió sentarse precedente sobre esta materia pues, simultáneamente a que se conducía el juicio, la Legislatura porteña había decidido, por primera vez desde su conformación en 1996, realizar el sorteo para lograr su renovación por mitades.

El sorteo de los legisladores que, electos en 2003, debían dejar su banca en 2005 como resultado del sorteo de la renovación, dejaba vacantes lugares no sólo en la Sala Acusadora sino también en la Sala Juzgadora. La primera vacancia no fue problema, toda vez que la suspensión al Dr. Ibarra ocurrió en el ejercicio del mandato de los legisladores con mandato entre 2003 y 2005. El problema se suscitaba con aquellos legisladores que concluían su mandato en 2005 e integraban la sala de juzgamiento. La cuestión era entonces qué conjunto de legisladores debía juzgar al titular del ejecutivo porteño.

Es importante destacar, tal vez por ser una anomalía en el proceso de juicio político, que fue conducido por dos legislaturas diferenciadas. Mientras la acusación la llevó adelante la composición resultante de la elección de 2003, el proceso de juzgamiento fue conducido por una sala integrada por miembros que habían ingresado en 2003 y otros en 2005. La cuestión de la composición de la Sala Juzgadora fue objeto de numerosos debates tanto al interior de la Legislatura como entre los expertos constitucionalistas fuera de ella.

Cada alternativa sugerida implicaba un problema para el juicio en curso y para el futuro. A efectos prácticos, hemos resumido las alternativas en cuatro y para cada una de ellas se indican los problemas, en el cuadro que se presenta a continuación.

15. Art. 93 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Alternativas	Problemas	Ventajas
<p>1. Sortear con la nueva composición de la Legislatura ambas salas nuevamente. Sorteo sobre 60 legisladores.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Legisladores que habían integrado la Sala Acusadora podían terminar integrando la Sala Juzgadora. • El juicio sería conducido por una sala con composición diferente de la presentada al momento de iniciarse el juicio. 	<ul style="list-style-type: none"> • Resolvería el problema de composición a futuro, en caso de presentarse nuevos juicios políticos. • El juzgamiento sería hecho por legisladores en ejercicio y con equivalente mandato popular.
<p>2. Sorteo sobre los 30 nuevos legisladores para cubrir las vacantes en la Sala Acusadora y la Sala Juzgadora. En el caso de resultar sorteados para la Sala de Juzgamiento legisladores que renovaron su mandato e integraron la Sala Acusadora en el juicio político iniciado al Jefe de Gobierno, al solo efecto del trámite de dicho juicio se los excluirá de la Sala de Juzgamiento y se sortearán otros legisladores que hayan integrado su misma lista. Ello no alterará la permanencia ulterior del legislador originalmente sorteado en la Sala que le hubiere correspondido para el tratamiento de otros juicios que pudieran iniciarse.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El proceso sería conducido por dos legislaturas diferenciadas en cada una de las etapas: acusación y juzgamiento. Esto supone un problema de legitimidad del proceso, excesivo sesgo político. • Por los resultados electorales de 2005 podría no cumplirse con la cuota de proporcionalidad de partidos y alianzas exigida por la Constitución, lo que aumentaría el costado "político" del juicio. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se respetarían los resultados electorales de 2005. • Se cumpliría el mandato constitucional de renovar la composición de acuerdo con la Constitución. • El juzgamiento sería hecho por legisladores en ejercicio y con equivalente mandato popular.

Alternativas	Problemas	Ventajas
3. Sorteo sobre 30 legisladores para cubrir las vacantes en ambas salas sólo para el juicio en trámite, y sorteo sobre 60 para renovación definitiva de ambas salas para futuros juicios.	<ul style="list-style-type: none"> • El proceso sería conducido por dos legislaturas diferenciadas en cada una de las etapas: acusación y juzgamiento. Esto implica un problema de legitimidad del proceso y excesivo sesgo político. • Un mismo legislador pertenecería mientras durase el juicio a Ibarra a dos salas en simultáneo. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se respetarían los resultados electorales de 2005. • Se cumpliría el mandato constitucional de renovar la composición de acuerdo con la Constitución. • El juzgamiento sería hecho por legisladores en ejercicio y con equivalente mandato popular.
4. Mantener la composición vigente de la Sala Juzgadora.	<ul style="list-style-type: none"> • El juicio sería conducido por legisladores con mandato cumplido. 	<ul style="list-style-type: none"> • El proceso de juicio sería conducido en su totalidad por una misma Legislatura.

La decisión fue zanjada por el pleno en la sesión del 6 de diciembre de 2005. La segunda alternativa fue la prevaleciente por considerarla la menos atentatoria contra el principio de representatividad y la que menos lesionaba los intereses de las partes en el proceso. La Resolución N° 712/2005 fue la que finalmente dio forma al procedimiento. El sorteo, entre los nuevos treinta diputados, se realizó el 10 de diciembre de ese mismo año, dando lugar a la nueva composición de la Sala Juzgadora.

La composición de la Sala que finalmente llevaría adelante el proceso de juzgamiento de Ibarra fue la siguiente: diputado La Porta (socialista), diputada Moresi (Fuerza Porteña, ibarrista, oficialismo estricto, Frente Grande), diputada Baltroc (ingresó a la Legislatura en una lista que apoyó la candidatura de Aníbal Ibarra), diputado Rebot (kirchnerista), diputado Vitali (kirchnerista), diputado Gramajo (kirchnerista), diputado Romagnoli (izquierda), diputada Polimeni (bloque unipersonal), diputado Di Filippo (ARI), diputado Smith (ARI), diputado Meis (Recrear), diputado Amoroso (CPC), diputado Destéfano (CPC), diputada Majdalani (CPC) y el diputado Bidonde (izquierda). Así, para el solo efecto del trámite de dicho juicio, intervinieron transitoriamente

y en reemplazo de los diputados ya mencionados, Marcelo Meis, Silvia Majdalani y Daniel Amoroso.

Es pertinente aclarar que a pesar de no ser el juicio político un procedimiento jurisdiccional, debe seguir los lineamientos básicos del debido proceso.

Bajo esta lógica, el artículo 94 de la Constitución de la Ciudad dispone que la Sala Acusadora debe nombrar en su primera sesión una comisión por fuera de las comisiones legislativas que funcionan habitualmente, que investigue los hechos en que se funden las acusaciones. Esta comisión tiene facultades instructorias y garantiza el derecho a defensa del imputado. Es decir, tiene facultades para requerir documentación, convocar testigos y allanar domicilios, aunque de ninguna manera la de ordenar detenciones de ninguna naturaleza.¹⁶ Debe, a su vez, dictaminar ante el pleno de la Sala Acusadora, la cual, con el voto favorable de dos tercios de sus miembros, puede decidir dar curso a la acusación.

Una vez efectuada la acusación, el imputado queda automáticamente suspendido en sus funciones sin goce de haberes, y las actuaciones pasan a la Sala Juzgadora para que decida si efectivamente se llevará a cabo la destitución del imputado. En el caso de Ibarra, el 14 de noviembre de 2005, la Sala Acusadora aprobó la suspensión en sus funciones con un total de treinta votos. Así, pasó a hacerse cargo el Poder Ejecutivo, encabezado en aquel entonces por el Vicejefe porteño, Jorge Telerman.

Remarcando una vez más la necesidad de seguir los lineamientos básicos del debido proceso, la Sala Juzgadora debate el caso respetando su carácter contradictorio y el derecho a defensa según lo postula el segundo párrafo del artículo 94. Sin lugar a dudas, el trámite del juicio político debe ser público,¹⁷ como fue en el caso de Ibarra, aunque ello no esté específicamente establecido en la letra constitucional.

La condena debe dictarse con mayoría de dos tercios de los miembros de la Sala Juzgadora, o sea, diez votos sobre el total de quince miembros, y su único efecto será el de la destitución del acusado, aunque podría agregarse la inhabilitación para ocupar cargos públicos en la Ciudad de Buenos Aires por hasta diez años. Debe quedar claro también que la inhabilitación es accesoria y puede optarse por agregarla o

16. Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, p. 267.

17. Ídem.

no a la sentencia, pero que de ningún modo se puede inhabilitar sin destituir, tal como señala Germán Bidart Campos.¹⁸

Por otro lado, intentando garantizar celeridad en el proceso, se establece que si la sala no toma una decisión dentro de los cuatro meses siguientes a la suspensión del funcionario acusado, se lo considerará absuelto y no podrá ser sometido a juicio político por los mismos hechos. Lo cierto es que no existe necesidad de votar o no una sentencia absolutoria, ya que simplemente si no se llega a la mayoría especial exigida, esa absolución se logra de hecho.¹⁹

En el juicio a Ibarra, la Sala Juzgadora de la Legislatura porteña había tomado la decisión de destituir al Jefe de Gobierno el 7 de marzo de 2006, al considerar probado que incurrió en mal desempeño de sus funciones en la tragedia de Cromañón. La Sala Juzgadora destituyó a Ibarra por diez votos favorables: Guillermo Smith (ARI), Daniel Amoroso (aliado del macrismo), Héctor Bidonde (izquierda), Roberto Destéfano (macrista), Facundo Di Filippo (ARI), Silvia Majdalani (aliada del macrismo), Marcelo Meis (lopezmurphysta), Florencia Polimeni (radical disidente), Helio Rebot (kirchnerista) y Gerardo Romagnoli (zamorista); contra cuatro que se manifestaron por la absolución: Beatriz Baltroc (izquierda), Sebastián Gramajo (kirchnerista), Norberto La Porta (socialista) y Laura Moresi (Frente Grande). El diputado (m/c) Elvio Vitali (kirchnerista) se abstuvo. A pesar del resultado, los legisladores porteños habilitaron al exmandatario para seguir ejerciendo cargos públicos, luego de una inhabilitación por diez años.

Resta precisar la posibilidad de apelar la sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Esa eventual apelación puede versar sobre vicios o arbitrariedades en los que se haya podido incurrir en el procedimiento, pero nunca respecto a las valoraciones políticas que puedan haber sido fundamento de una destitución. Al respecto, el mencionado tribunal tuvo actuación durante el juicio político al ex Jefe de Gobierno Aníbal Ibarra en el Expte. N° 4882/06 "Ibarra, Aníbal s/SAO - otros en Ibarra, Aníbal s/juicio político".²⁰

18. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1992, T. II, p. 259.

19. Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, p. 268.

20. Expte. N° 4882/06 "Ibarra, Aníbal s/SAO - otros en Ibarra, Aníbal s/juicio político". Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 26 de febrero de 2007.

El juicio político al Dr. Ibarra comenzó estrictamente el 13 de diciembre de 2005, una vez que se había completado el proceso de renovación de la Sala al incorporarse a la Legislatura los diputados electos en octubre y se sustanció el sorteo de los puestos vacantes en la Sala Juzgadora.

Del análisis lineal de la composición total de la Legislatura y de la composición específica de la Sala Juzgadora se desprende, en primera instancia, que Ibarra contaba con una correlación de fuerzas favorable. De los quince diputados, seis presumiblemente optarían por votar su permanencia en el cargo; ocho su destitución y una sola resultaba difícil de encasillar en virtud de no poder alinearla estrictamente dentro de los opositores ni de los aliados. En este sentido, el juicio político había presentado distintas fases desde el momento del inicio hasta una vez concretado el proceso. El debate de la Sala Acusadora con respecto a la composición de la Sala Juzgadora marcó un importante precedente a la hora de la continuidad del proceso. Otro factor que jugó en contra del ex Jefe de Gobierno fue la movilización y presión social que rondaba el proceso. Cuando esto sucede, y como establece Pérez-Liñán, la caída de ese gobierno nunca tarda en demorarse.

TÍTULO CUARTO

Poder Ejecutivo

INTRODUCCIÓN: EL JEFE DE GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, ¿UN PODER EJECUTIVO FUERTE O DÉBIL?

Por Alberto B. Bianchi

PLANTEO

Tradicionalmente el Poder Ejecutivo en la Argentina ha sido fuerte, característica que siempre ha desequilibrado el –ya de suyo– difícil balance de poderes. Conscientes de esta realidad y persiguiendo el loable propósito de moderarla, los constituyentes de la Ciudad de Buenos Ai-

res introdujeron en la Constitución de 1996 algunas cláusulas tendientes a limitar el poder del Jefe de Gobierno.

Mi intención en estas líneas es verificar si esta tarea ha estado examinada por la senda adecuada, en otras palabras, si es proporcional a los fines perseguidos.

Antes de emprender esta tarea, me parece útil echar una mirada al derecho comparado y a la realidad del Poder Ejecutivo nacional, pues son el marco inevitable en el cual se desempeña el microcosmos institucional de la Ciudad de Buenos Aires.

EL [DES]EQUILIBRIO DE LOS PODERES EN EL DERECHO COMPARADO

Antes de analizar las instituciones de la República Argentina y, en particular, las de la Ciudad de Buenos Aires, conviene examinar, siquiera someramente, el estado de la cuestión en el derecho comparado, donde encontramos tres modelos diferentes en el reparto de los poderes: (a) el modelo inglés, donde rige todavía la supremacía del Parlamento, (b) el modelo francés, donde la supremacía es claramente ejecutiva y (c) el modelo norteamericano, del cual somos tributarios, que ha establecido –al menos formalmente– la igualdad jerárquica entre los tres poderes. Veamos cada uno de estos modelos en una apretada síntesis.

El Reino Unido: la soberanía del Parlamento

La nota más típica del sistema constitucional del Reino Unido ha sido –y sigue siendo– la soberanía o supremacía parlamentaria (*parliamentary sovereignty*), nacida luego de la Gloriosa Revolución de 1688, que sustituyó el poder divino de los reyes por el poder que a partir de entonces les otorgó el Parlamento. Esta supremacía fue establecida por John Locke, en el Capítulo XIII de su obra *An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government*, habitualmente traducido al español como “Ensayo sobre el Gobierno Civil”. Allí señala Locke claramente que el legislativo es el poder supremo y que todos los demás están subordinados

a él.¹ Dos siglos más tarde, en la segunda mitad del siglo XIX, Albert V. Dicey consideraba que la soberanía del Parlamento era la característica dominante de las instituciones políticas inglesas,² un Parlamento que en el siglo XVIII Blackstone calificaba como “omnipotente”, capaz de hacer cualquier cosa que no fuera naturalmente imposible³ y que De Lolme, en esa misma época pero con sentido crítico, dijo que podía hacer cualquier cosa excepto convertir un hombre en una mujer.⁴ Ciertamente es que ya en el siglo XX el sistema constitucional inglés fue evolucionando hacia un “gobierno del gabinete”, merced en parte a la declinación del poder del *House of Lords* y del crecimiento del poder del Primer Ministro, tal como lo describió más tarde Sir Ivor Jennings⁵ y luego John P. Mackintosh.⁶ Pero aun así, estas transformaciones que son tan profundas a tal punto que hoy en día se habla de la “presidencia británica”,⁷ en el Reino Unido el centro de la escena política recae en el Parlamento y la doctrina de la soberanía parlamentaria está vigente.⁸ Veamos en qué consiste.

La primera nota que pone de manifiesto la trascendencia del Parlamento inglés es que sanciona las leyes constitucionales, es decir, las que conforman la Constitución inglesa, escrita pero dispersa. Sólo por mencionar las más importantes de los últimos cien años tenemos: la

1. § 149: “... there can be but one supreme power, which is the legislative, to which all the rest are and must be subordinate...”.

2. Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianápolis, Liberty classic edition (reimpresión de la 8ª. ed. de McMillan Press, 1915), 1982, p. 107 y ss., p. 3.

3. Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, facsímil de la primera edición de 1765-1769, con una introducción de Stanley N. Katz, The University of Chicago Press, 1979, vol 1, p. 156. En adelante Blackstone, *Commentaries*.

4. “... it is a fundamental principle with the English Lawyers that Parliament can do every thing, except making a Woman a Man or a Man a Woman”, De Lolme, Jean Louis, *The Constitution of England, Or an account of the English Government* (originalmente publicada en francés en 1771). He consultado la edición preparada por Liberty Fund, Indianápolis, 2007, p. 101.

5. En su estudio sobre el gabinete, Jennings comenzaba diciendo: “El Gabinete es el núcleo (*core*) del sistema constitucional británico”. Jennings, Ivor (Sir), *Cabinet Government*, Cambridge University Press, 3ª edición, 1961, p. 1. La primera edición de esta obra fue publicada en 1936.

6. Mackintosh, John P., *The British Cabinet*, London, Routledge, 1981.

7. Foley, Michael, *The British Presidency. Tony Blair and the Politics of Public Leadership*, Manchester University Press, 2000.

8. Ver Goldsworthy, Jeffery, *The Sovereignty of Parliament, History and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 2001.

Parliament Act de 1911,⁹ que redujo sensiblemente el poder del *House of Lords* al quitarle el poder de veto de las leyes de contenido financiero sancionadas en el *House of Commons*; el *Statute of Westminster* de 1931,¹⁰ que reguló la relación con Australia y Canadá reconociéndolas como dominios soberanos; la *Parliament Act* de 1949,¹¹ que redujo nuevamente el poder del *House of Lords* al quitarle el poder de demorar el tratamiento de ciertas leyes; las *House of Commons Disqualification Acts* de 1957 y 1975,¹² que establecieron ciertas prohibiciones para ser miembros del Parlamento; la *European Communities Act* de 1972,¹³ que legisló sobre el acceso del Reino Unido a la entonces Comunidad Económica Europea; la *Scotland Act* de 1998,¹⁴ que regula lo atinente al gobierno en Escocia; la *Constitutional Reform Act* de 2005,¹⁵ mediante la cual fue creada la Corte Suprema del Reino Unido; la *Government of Wales Act* de 2006,¹⁶ que regula el gobierno de Gales; la *Fixed-term Parliaments Act* de 2011,¹⁷ que fija en cinco años la duración de cada período parlamentario, al cabo de los cuales debe llamarse a una nueva elección general; la *House of Lords Reform Act* de 2014,¹⁸ que permite la renuncia de los miembros del *House of Lords*, lo que antes no estaba permitido, etc. Todo ello indica que no existe en el Reino Unido un órgano o poder específica y formalmente investido del poder constituyente. Como resultado de ello, el control de constitucionalidad que ejercen los jueces en el Reino Unido es muy limitado, ya que no existe un orden constitucional superior a las leyes que deba ser respetado.

La segunda nota es que el rey o la reina reciben su poder del Parlamento,¹⁹ y además lo integran. Se entiende así que el Parlamen-

9. 1 & 2 Geo. 5 c.13.

10. 22 & 23 Geo. 5 c. 4.

11. 12, 13 & 14 Geo 6 c. 103.

12. 1975 c. 24.

13. 1972 c. 68.

14. 1998 c. 46.

15. 2005 c. 4.

16. 2006 c 32.

17. c. 14.

18. 2014 c. 24.

19. Este fue el gran cambio que produjo la Gloriosa Revolución que quedó reflejado en el *Bill of Rights* de 1688.

to no lo integran solamente las dos cámaras legislativas sino también quien ciñe la corona. Dicey afirmaba que el Parlamento se compone del Rey de la Cámara de Lores y de la Cámara de Comunes actuando conjuntamente.²⁰ Ello queda de manifiesto en la fórmula que se emplea hasta el presente para sancionar las leyes:

Be ENACTED by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows...²¹

La tercera nota es que el Primer Ministro y los miembros del Gabinete deben ser miembros del Parlamento. Otrora provenían de la Cámara de Lores y ahora ocupan una banca en los Comunes, como resultado de la democratización del país.²² Nada de esto está regulado en ley alguna, pues, curiosamente, el cargo de Primer Ministro, pese a su importancia política, casi no ha merecido regulación legal alguna,²³ pero es una práctica inveterada que todos deben ser miembros del Parlamento y así lo reconoce la doctrina.²⁴ Como resultado de ello el Primer

20. Dicey, Albert Venn, "Introduction", en *The Law of the Constitution*, p. xxxvi.

21. "Sea sancionado con fuerza de ley por su Majestad Excelentísima la Reina y por y con el consejo y consentimiento de los Lores Espirituales y Temporales y por los Comunes lo siguiente...".

22. Fruto de esta evolución política, el cargo de Primer Ministro, otrora ocupado por poderosos nobles de rancio abolengo, como el conde de Derby o el marqués de Salisbury, fue pasando a manos de hombres de clase media o aun de clases populares. Herbert Asquith (1908-1916), el último de los primeros ministros del Partido Liberal, era hijo de un fabricante de telas de lana, y James Ramsay MacDonald (1924, 1929-1935), el primer laborista en el cargo, era hijo de un labrador. Es más, los primeros ministros conservadores de los últimos 50 años tampoco han provenido de la nobleza. El padre de Harold Macmillan (1957-1963) era profesor en St. Paul's School en Londres y luego fundó la actualmente célebre editorial Macmillan. Edward Heath (1970-1974) era hijo de un carpintero; Margaret Thatcher (1979-1990) era hija de un almacenero y John Major (1990-1997) era hijo de un trapeceista de circo. Por el contrario, Clement Attlee (1945-1951), célebre líder laborista y vencedor de Churchill en las elecciones de 1945, era hijo de un conocido abogado que había presidido la Law Society (el colegio de abogados) en 1906. Los datos sobre los primeros ministros fueron tomados de: Englefield, Dermot; Seaton Janet y White, Isobel, *Facts about the British Prime Ministers*, Londres, Mansell Publishing Limited, 1995.

23. Ver Turpin, Colin y Tomkins, Adam, *British Government and the Constitution*, Cambridge University Press, 7ª edición, 2011, p. 408.

24. James, Simon, *British Cabinet Government*, Londres y Nueva York, Routledge, 2ª edición, p. 8.

Ministro y los restantes miembros del Gabinete deben rendir cuentas de su gestión ante el Parlamento.²⁵

Probablemente, el golpe más fuerte que ha sufrido la soberanía parlamentaria en los últimos años ha sido la pérdida de las funciones judiciales que ejercía la Cámara de Lores desde el Medioevo y que, a partir de octubre de 2009, ejerce la Corte Suprema del Reino Unido, creada por la *Constitutional Reform Act* de 2005.²⁶ Hasta la sanción de esta ley, el superior tribunal del reino era la Cámara de Lores, función que ejercía por medio de un cuerpo de lores llamados *Lords of Appeal in Ordinary*, más comúnmente conocidos como *Law Lords*, que integran el *Appellate Committee del House of Lords*.²⁷ Existía también el *Privy Council* pero tenía una jurisdicción limitada.²⁸ A su vez, el Presidente (*Speaker*),

25. Ver Weir, Stuart y Beetham, David, *Political Power and Democratic control in Britain. The democratic audit of the United kingdom*, Londres - Nueva York, Routledge, 1999, en especial el cap. 12.

26. 2005 c 4.

27. El conocimiento de los casos por el pleno del *House of Lords* ya había colapsado a principios del siglo XIX, pues las demoras en resolver las apelaciones eran extraordinarias. Por tal motivo, en 1824 se decidió delegar la tarea en un reducido grupo de lores integrado por todos los miembros de la Cámara en forma rotativa y presidido por el *Lord Chancellor*. Esta solución no fue enteramente satisfactoria y bajo el gobierno de Gladstone –por medio de las leyes de 1873 y 1875– se suprimieron las funciones judiciales de la Cámara con la intención de crear una Corte Suprema independiente. Sin embargo, poco después, en 1876, bajo el gobierno de Disraeli, se llegó a una solución intermedia. La *Appellate Jurisdiction Act* devolvió las funciones judiciales a la Cámara pero creó un cuerpo estable de lores vitalicios, versados en derecho, presididos por el *Lord Chancellor*, con la misión específica de resolver las apelaciones provenientes de los tribunales inferiores. Así, los *Law Lords* pasaron a ser una especie de Corte Suprema dentro del *House of Lords*. Sobre los *Law Lords* he consultado: Barrett, Maxwell, *The Law Lords*, The Macmillan Press, 2001 y Paterson, Alan, *The Law Lords*, The Macmillan Press, 1982. Puede verse también el *Consultation Paper* preparado en 2003 por el *Department for Constitutional Affairs*, elaborado como anticipación de la reforma de 2005. Ver también www.dca.gov.uk

28. El *Privy Council* fue creado en el siglo XIV, cuando el antiguo consejo real (*curia regis*) integrado por los nobles de mayor rango y más cercanos al rey, y que, entre otras, ejercía funciones judiciales, se dividió en dos cuerpos: el *House of Lords* y el *Privy Council*. Ambos retuvieron las funciones judiciales y continuaron ejerciéndolas hasta 2009 como tribunales de última instancia. Sin embargo, mientras la Cámara de los Lores tenía competencia general, el *Privy Council* conservaba solamente una jurisdicción especial limitada a casos de la llamada “*devolution*”, esto es, los conflictos que se suscitan con motivo de la transferencia (devolución) de competencias a Escocia y los restantes integrantes del Reino Unido y a las apelaciones de los tribunales de los territorios de ultramar.

de la Cámara, el *Lord Chancellor*, era a la vez ministro del gabinete y ejercía diversas e importantes funciones judiciales.²⁹ La reforma de 2005 –con motivo de las críticas que esta acumulación de funciones producía– lo limitó a su cargo como Ministro del gabinete.

La Constitucional *Reform Act* abarca diversos puntos, pero los dos centrales son (a) la reforma de las funciones del *Lord Chancellor* y (b) la creación de una Corte Suprema como órgano independiente del Parlamento. El primero perdió con la reforma sus funciones legislativas y judiciales y ha retenido solamente las funciones ejecutivas. En la práctica, actualmente se comporta como un Ministro de Justicia y es un funcionario profesional que debe acreditar para el cargo antecedentes que a juicio del Primer Ministro justifiquen su designación. La Parte Tercera de la ley (sección 23 y subsiguientes) abarca lo concerniente a la Corte Suprema que, como dije, comenzó a funcionar en octubre de 2012 concentrando las tareas que antes ejercían los *Law Lords* y el *Privy Council* en materia de “devolución”.³⁰

En síntesis, pese a la pérdida de sus funciones judiciales, el Parlamento no ha perdido su primacía en el orden de las instituciones constitucionales del Reino Unido. Sanciona las leyes constitucionales, los jueces tienen un control limitado de toda la legislación, el rey o la reina también lo integran y el Primer Ministro y todo el gabinete deben ser necesariamente miembros del cuerpo.

29. Vid. Bradley, A. W. y Ewing, K. D., *Constitutional and Administrative Law*, Essex, Pearson-Longman, 14ª edición, 2007, pp. 406 y 407.

30. La Corte tiene un total de 12 jueces designados por la Reina (23.2) quien puede modificar dicho número (sección 23.3). El nombramiento debe estar precedido de un procedimiento de selección establecido en las secciones 26, 27 y en el anexo (*schedule*) 8 de la ley. También es función de la Reina designar al Presidente y Vicepresidente del Tribunal (sección 23.4). El título oficial de los jueces de la Corte es “Justices of the Supreme Court” (23.6). Como vemos, es la misma denominación que poseen los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Los primeros miembros de la Corte son los *Law Lords* que estén en funciones al momento de la constitución del Tribunal y el Presidente será el más antiguo de ellos en ese momento (sección 24). Para ser designado miembro del Tribunal se requiere haber sido juez en un tribunal superior por al menos dos años (sección 25.1.a), o bien ser un abogado calificado con una experiencia no inferior a 15 años (sección 25.1.b). Las designaciones son vitalicias mientras dure la buena conducta de los jueces. Estos pueden ser removidos a pedido de ambas Cámaras del Parlamento (sección 33). Por último, la Corte sólo puede sesionar (a) con un número impar de jueces (b) que no sea inferior a tres (sección 42). Como puede verse, el quórum es muy reducido pues, sobre un total de doce miembros, apenas tres de ellos son suficientes para decidir un caso.

Francia: el predominio del Poder Ejecutivo

Del otro lado del Canal de la Mancha los franceses también han construido un sistema parlamentario pero completamente diferente en su esencia, ya que en Francia el Presidente no está controlado por las cámaras legislativas pero puede disolver la Asamblea Nacional. Así, en el marco de un sistema parlamentario, la Constitución de la Quinta República estableció un sistema presidencialista, como en los Estados Unidos, pero en el cual el ejecutivo aprovecha para sí las ventajas de los dos sistemas. Como resultado de ello, la supremacía aquí es netamente ejecutiva y puede decirse que todavía acusa reflejos napoleónicos sensiblemente marcados en la Constitución de la Quinta República que lleva la impronta del general De Gaulle. En una alocución dada en octubre de 1962, De Gaulle dijo que la Constitución “hace realmente del Presidente de la República el jefe del Estado y el guía de Francia”. Más tarde, en una conferencia de prensa dada en enero de 1964, De Gaulle sostuvo que la autoridad indivisible del Estado era íntegramente delegada en el Presidente.³¹

Mencionaré algunas de las potestades que hacen del Presidente de la República el eje del sistema constitucional francés. El artículo 5 dice que el Presidente vela por el respeto de la Constitución, garantiza y arbitra el funcionamiento regular de los poderes públicos y la continuidad del Estado y ampara la independencia nacional, la integridad del territorio y el respeto de los tratados, como una suerte de padre de la Nación. Algunos comentaristas dicen que este artículo responde, sin duda, al deseo de aportar una solución al problema de la legitimación de poder. En el espíritu del general De Gaulle, el Presidente de la República debía ser el continuador de los reyes que construyeron el Estado, y la Presidencia de la República, el símbolo

31. “Alors le Président fait la répartition comme il le juge nécessaire. Mais s’il doit être entendu, et c’est vrai que l’autorité indivisible de l’Etat est déléguée toute entière au président par le peuple qui l’a élu, et qu’il n’y en a aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire, qui ne puisse être conférée ou maintenue autrement que par lui. Et qu’il lui appartient d’ajuster le domaine suprême qui lui est propre avec ceux dans lesquels il délègue l’action à d’autres, il serait foncièrement mauvais que dans les temps ordinaires, la fonction et le champ d’action du président de la République soient confondus avec ceux du Premier Ministre”. Disponible en: <http://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaulle00382/conference-de-presse-du-31-janvier-1964.html>

de la unión de la Nación. En caso de peligro, es necesario que el que preside la Nación tiene el derecho y el deber de tomar las iniciativas para garantizar su supervivencia.³²

No menos importante es la posibilidad de que el Presidente disuelva la Asamblea Nacional (artículo 12).³³ Además de ello, el Presidente nombra al Primer Ministro y pone fin a sus funciones en el momento en que este presenta la dimisión del gobierno (artículo 8); se comunica con las dos Cámaras del Parlamento por medio de mensajes que hace leer y que “no dan lugar a ningún debate” (artículo 18); nombra al Presidente del Consejo Constitucional (artículo 56); preside el Consejo superior de la Magistratura (artículo 65) y “garantiza la independencia de la autoridad judicial” (artículo 64). Este cúmulo de funciones, sin embargo, no alcanza para que sea responsable de los actos consumados en el ejercicio de sus funciones más que en caso de alta traición (artículo 68).

No en vano Michel Debré, teórico del gaullismo, uno de los principales redactores de la Constitución y Primer Ministro (1959-1962), decía en su discurso del 27 de agosto de 1958 ante el Consejo Constitucional,

32. Luchaire, François; Conac, Gérard; Prétot, Xavier, *La Constitution de la République Française*, París, Economica, 3ª edición, 2009, p. 230.

33. El artículo 12 hace del derecho de disolución una prerrogativa personal y un poder propio del Presidente de la República que ha sido utilizado en cinco oportunidades: el 6 octubre de 1962, el 30 de mayo de 1968, el 18 de mayo de 1981, el 13 de mayo 1988 y el 21 de abril de 1991. Le corresponde entonces al Presidente decidir discrecionalmente si debe o no hacer uso de ese derecho. En cuanto a la forma, el Presidente de la República debe, antes de pronunciar la disolución, consultar al Primer Ministro y a los presidentes del Senado y de la Asamblea Nacional, pero no está obligado a seguir su opinión, que puede ser contraria. En cuanto al período de ejercicio, la disolución no puede intervenir: (1) en el año que sigue a las elecciones intervinientes después de una disolución (artículo 12.4); (2) durante el ejercicio para el Presidente de la República de los poderes excepcionales previstos por el artículo 16; (3) durante la interinidad asegurada el presidente del Senado en caso de vacancia de la Presidencia de la República (artículo 7). Tratándose de un poder propio del Presidente de la República, el decreto de disolución no debe ser avalado por el Primer Ministro. La disolución debe ser seguida de las elecciones generales en el plazo fijado por el artículo 12, y la nueva Asamblea Nacional se reúne de pleno derecho. Esta no tiene ningún efecto en el Senado. Tampoco lo tiene, en principio, en el Gobierno, que está obligado—sólo por una costumbre— a renunciar después de la elección de la Asamblea y que puede, algunas veces, no ser reconducido, como fue el caso en 1968, después de las elecciones que, sin embargo, habían sido ganadas. Vid. Cabanis, A. y Martin, L. M., *La dissolution parlementaire à la française*, París, Presses de Science Politique, 2001.

que el Presidente de la República es la *clef de voûte du système* (piedra angular del sistema).³⁴

Estados Unidos: la teórica separación y equilibrio de los tres poderes

En el mundo norteamericano, en cambio, se ha intentado imponer, con apreciable éxito, la ficción jurídica de la equiparación entre los tres poderes. En teoría ninguno de ellos sobresale, todos son formal y jerárquicamente iguales. En la práctica, sin embargo, se han producido alternancias de liderazgo entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, según las épocas en que se analice la cuestión.

En los siglos XVIII y XIX la primacía estaba a favor del legislativo. Si bien Locke y Montesquieu la defendieron en el terreno de los principios porque estaban pensando en la Constitución inglesa –especialmente el primero de ellos, que se encargó de justificar la legitimidad política de la Gloriosa Revolución de 1688–, James Madison, en cambio, en el capítulo 49 de *El Federalista* planteaba la equiparación constitucional de ambos poderes,³⁵ sin perjuicio de que en el capítulo anterior había reconocido la supremacía fáctica del Poder Legislativo derivada de la amplitud de poderes que la Constitución le otorga, versus los limitados poderes del Poder Ejecutivo.³⁶ Un siglo después, en 1884, mientras era profesor de historia en la Universidad John Hopkins, Woodrow Wilson –que luego sería Presidente de los Estados Unidos entre 1912 y 1920– escribió un libro titulado *Congressional Government: A Study in American Politics*, en el cual se quejaba de la exagerada autoridad del Congreso. Decía en la in-

34. “Si vous me permettez une image empruntée à l’architecture, je dirai qu’à ce régime parlementaire neuf, et à cette Communauté qui commence à s’ébaucher, il faut une clef de voûte. Cette clef de voûte, c’est le Président de la République”. Disponible en: <http://mjp.univ-perp.fr/textes/debre1958.htm>

35. “The several departments being perfectly co-ordinate by the terms of their common commission, none of them, it is evident, can pretend to an exclusive or superior right of settling the boundaries between their respective powers”.

36. “The legislative department derives a superiority in our governments from other circumstances. Its constitutional powers being at once more extensive, and less susceptible of precise limits, it can, with the greater facility, mask, under complicated and indirect measures, the encroachments which it makes on the co-ordinate departments. It is not unfrequently a question of real nicety in legislative bodies, whether the operation of a particular measure will, or will not, extend beyond the legislative sphere”.

roducción que la Constitución establece una forma de controles ideales y equilibrados, en tanto que la forma real del gobierno norteamericano es la supremacía del Congreso. Agregaba que los jueces federales tienen en sus manos la suerte de los poderes del Estado y detentan la única autoridad que puede contener de modo eficaz al Congreso.³⁷

Esta afirmación de Wilson quedó desbaratada algunas décadas después. El advenimiento del *welfare state* sumado a otros factores de progreso, exigió una mayor presencia de la Administración que desplazó la primacía legislativa hacia el ejecutivo. La complejidad que progresivamente fueron adquiriendo las funciones estatales como consecuencia de la creciente intervención del Estado, no sólo en lo económico sino en todos los ámbitos, experimentada a partir de la Primera Guerra Mundial con la búsqueda del llamado “estado de la procura existencial”,³⁸ obligaron a los órganos legislativos a delegar en el ejecutivo la reglamentación de los aspectos técnicos y de detalle que requieren, para su solución, de la inmediatez con que actúan los órganos de la Administración sobre los problemas cotidianos. Este desplazamiento del eje del poder fue reconocido en su momento por Carl Friedrich, que dijo:

... [h]asta hace muy poco los parlamentos han constituido el meollo institucional del gobierno representativo moderno. En la actualidad, el ejecutivo, sobre todo cuando representa a un partido mayoritario, está aumentando de importancia y (...) tiende a convertirse en la parte central de la representación.³⁹

Todo ello incrementó sensiblemente el liderazgo político de la rama ejecutiva en desmedro de la rama legislativa, fenómeno que se ha hecho sentir aún en los Estados Unidos pese a la fortaleza que allí tiene el Congreso.⁴⁰

37. Wilson, Woodrow, *Congressional Government: A Study in American Politics*, John Hopkins University Press, 1981 (reedición).

38. Ver García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977, pp. 26 y 27.

39. Friedrich, Carl J., *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, versión española de Vicente Herrero, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 402.

40. Uno de los estudios clásicos sobre el poder presidencial en los Estados Unidos es: Neustadt, Richard, *Presidential Power. The Politics of Leadership*, New York, John Wiley

En la doctrina argentina, Julio Oyhanarte creía en la preeminencia del Poder Ejecutivo no sólo desde un punto de vista fáctico sino también jurídico. Decía al respecto:

... nunca ha habido una relación de igualdad entre los órganos superiores del Estado. El “movimiento necesario de las cosas” en el ámbito del Poder, es decir, la dinámica interna que le es propia, hace inevitable que uno de los tres órganos sobresalga y asuma una posición preeminente, que estará en relación directa con el grado de coordinación requerido por la función gubernamental. Los tipos clásicos, como se sabe, son dos: preeminencia del Parlamento (régimen de asamblea) o preeminencia del Ejecutivo (régimen presidencial y régimen parlamentario actual). Merced al esquema del “ejecutivo fuerte”, que como tantas otras cosas institucionalmente valiosas construyó Alberdi, apartándose del modelo, el Derecho positivo de la Argentina es un ejemplo, incluso avanzado, de preeminencia ejecutiva. El artículo 86, inciso 19 de la Constitución dice que el Presidente actúa como “jefe supremo de la Nación” y ciertamente no se trata de una metáfora.⁴¹

El autor cita a continuación el caso Mario Martínez Casas,⁴² que lleva su firma como juez de la Corte Suprema y dice que en esa sentencia la Corte “da por cierto” que en la Argentina el Congreso no es el órgano preeminente. En el esquema de Oyhanarte, donde la preeminencia la tiene el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo, esto prueba a su juicio que la preeminencia la tiene el Ejecutivo. Sin perjuicio de la autoridad de Oyhanarte, creo que esta es una forma demasiado indirecta de probar la preeminencia del Poder Ejecutivo.

En mi opinión, en la base del sistema constitucional norteamericano y en el de aquellos que, como el de nuestro país, han seguido sus aguas, el principio fundamental es la separación y el equilibrio de los poderes, sin preeminencia jurídica de ninguno de ellos. El Poder Ejecutivo fuerte que pretendía Alberdi no tenía como objetivo que prevaleciera sobre el Congreso, sino que tuviera facultades suficientes para vencer al desierto y hacer valer la cláusula de progreso

& Sons, 1960. Esta obra tiene a su vez una nueva versión en *Presidential Powers and the Modern Presidents*, New York, The Free Press, 1990.

41. Oyhanarte, Julio, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Buenos Aires, Paidós, 1969, p. 83.

42. Fallos: 248:462 (1960).

que inspiraron sus Bases. Ello no descarta, por supuesto, que en la Argentina el Poder Ejecutivo siempre ha sido –de hecho– el órgano de gobierno predominante, como veremos en el punto siguiente. La equiparación de los tres poderes en nuestro país fue puesta de manifiesto por la Corte Suprema en 1922 cuando resolvió el caso “Horta c/Harguindeguy”,⁴³ donde dijo:

... [l]a doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo, es insostenible dentro de un sistema de Gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución. Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas que las que ya le ha otorgado o suprimir alguna de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que él mismo ha establecido al sancionar el artículo 30 de la Constitución. Entretanto ni el Legislativo ni ningún departamento del Gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquellas. Cualquiera otra doctrina es incompatible con la Constitución, que es la única voluntad popular expresada en dicha forma.

Este equilibrio entre los poderes tiene en la Constitución numerosos mecanismos que tienden a asegurarlo. Sin perjuicio de otros recordemos que la función legislativa está limitada por el veto presidencial que, a su vez, no es absoluto, porque el Congreso puede insistir mediante una mayoría especial.⁴⁴ Asimismo, los nombramientos de jueces, embajadores y oficiales superiores de las Fuerzas Armadas que hace el Presidente, así como la declaración del estado de sitio en caso de ataque exterior, requieren del acuerdo del Senado.⁴⁵ Sin embargo, ninguno de estos controles recíprocos sería suficiente de no existir el más importante de todos ellos: el control de constitucionalidad que ejercen los jueces desde el caso *Marbury v. Madison*,⁴⁶ formalmente incorporado en la Argentina cuando la Corte Suprema resolvió “Eduardo

43. Fallos: 137:47 (1922).

44. En la Constitución Nacional esta facultad está regulada en el artículo 83.

45. Artículo 99, incisos 4, 7, 13 y 16 de la Constitución Nacional.

46. 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Sojo”.⁴⁷ El Poder Judicial, la rama menos peligrosa (*the least dangerous branch*) como la calificó Hamilton, porque no tiene la espada de la comunidad que esgrime el Presidente, ni la bolsa del poder económico que recae en el Congreso,⁴⁸ es, sin embargo, el más importante de todos los contrapesos que equilibran el sistema. El control de constitucionalidad le permite a la Corte Suprema erigirse en el “intérprete final de la Constitución” y de tal manera decidir en última instancia, bien que con limitaciones quirúrgicas, sobre la validez de leyes, decretos y actos de la Administración en general.

EL PODER EJECUTIVO FUERTE: UNA TRADICIÓN ARGENTINA

Una constante histórica

Es una verdad de Perogrullo decir a esta altura que el Poder Ejecutivo en la Argentina es fuerte. El liderazgo político del Presidente argentino es altísimo y por lo general, en el mejor de los casos, se mantiene en el límite mismo de la Constitución, pero también la desborda. El hiperpresidencialismo en la Argentina es uno de los fenómenos más típicos de la realidad política, al punto que hay autores que le han dedicado capítulos enteros de sus libros. Tal es el caso del profesor Alberto Dalla Via.⁴⁹

Hace casi cien años, Octavio Amadeo escribía que “el Presidente nuestro, prescindiendo de personas y partidos es hoy una monstruosi-

47. Fallos: 32:120 (1887).

48. “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments”. *The Federalist Papers*, cap. 78.

49. Dalla Via, Alberto R., *Teoría del Estado y de la Constitución*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, T. I-A, cap. XXII.

dad política y un peligro nacional”.⁵⁰ Por su lado, Carlos Sánchez Viamonte sostenía que “[l]a preponderancia del Presidente de la Nación sobre los poderes legislativo y judicial es enorme. Se puede afirmar sin vacilaciones que tiene en sus manos los principales resortes del poder público”.⁵¹ También se han ocupado del hiperpresidencialismo argentino los autores extranjeros. Austin F. MacDonald decía que

... en el esquema de la vida política argentina [el Presidente] es más importante que el Congreso y los tribunales o que ambos combinados. Su autoridad es mayor que la del Presidente de los Estados Unidos, o que la de los jefes de Estado de la mayoría de las naciones democráticas.⁵²

Son varias las razones que contribuyen naturalmente a la formación de este liderazgo que se proyecta en lo cualitativo y en lo cuantitativo.

En primer lugar, la unidad. El Poder Ejecutivo es unipersonal, frente a un Congreso integrado por numerosos legisladores que responden a diferentes partidos políticos, donde las decisiones se alcanzan por acuerdos políticos. Esa unidad también se impone al Poder Judicial, integrado por numerosos jueces, que conforman tres instancias y que están distribuidos en todo el país. A todo ello se suma que los jueces no actúan de oficio y deciden –como regla– con alcances individuales.

En segundo lugar, la permanencia. El Poder Ejecutivo y la Administración Pública en general están activos los 360 días del año. El Congreso en cambio tiene el receso legislativo y el Poder Judicial los períodos de fería de enero y julio.

En tercer lugar, la inmediatez. Mientras el Congreso legisla para el futuro y el Poder Judicial resuelve los conflictos producidos en el pasado, el Poder Ejecutivo atiende necesidades tan cotidianas y variadas como las relaciones internacionales, la defensa nacional, la regulación de la moneda, la percepción de los impuestos, la atención de la salud o la prestación de los servicios públicos.

En cuarto lugar existe lo que yo llamaría la regla de la competencia en la pirámide. Ambas organizaciones, la ejecutiva y la judicial, son

50. Amadeo, Octavio, *El Presidente Argentino*, Buenos Aires, 1917, p. 6.

51. Sánchez Viamonte, Carlos, *Historia institucional de Argentina*, Ciudad de México, 1948, p. 189.

52. MacDonald, Austin F., *Government of the Argentine Republic*, New York, Thomas Y. Crowell Co., 1942, p. 190.

piramidales. Sin embargo, en sus vértices, es decir el Presidente de la República y la Corte Suprema, la regla de la competencia es inversa.

Mientras el Presidente ejerce la suma de las facultades políticas y administrativas que van descendiendo y limitándose en el descenso a lo largo de los distintos estratos de la Administración, la Corte Suprema sólo ejerce algunas competencias judiciales, las de tipo constitucional, pues las restantes son propias de los jueces de las instancias ordinarias.

Por último, el Poder Ejecutivo es un poder residual y ello incrementa, además, su poder cuantitativo. Mientras las funciones legislativa y judicial son precisas y definidas, la función administrativa es indefinida y abarca un sinnúmero de actividades de las más diversas, para cuyo cumplimiento la Administración posee una organización cuantitativamente mucho más extensa que las de los otros poderes. Ello se refleja, naturalmente, en la cantidad de recursos y gastos que tiene a su cargo el Poder Ejecutivo, la que supera extraordinariamente la de los otros poderes. Basta con analizar la Ley de presupuesto para verificar que las partidas asignadas al Congreso y al Poder Judicial son ínfimas en comparación con las del Poder Ejecutivo. De hecho, en la Ley de presupuesto para el ejercicio 2014⁵³ el monto total de gastos es de \$860.000 millones, de los cuales la suma de los gastos asignados al Poder Legislativo y al Poder Judicial apenas supera los \$15.000 millones, es decir, menos del 2% del monto asignado al Poder Ejecutivo y la Administración Pública.

Las raíces coloniales

Veamos ahora las razones que han acentuado en la Argentina este liderazgo ejecutivo. Es preciso mencionar, en primer lugar, las raíces históricas del problema, que se remontan al período colonial. Mientras en las trece colonias inglesas que dieron lugar al nacimiento de los Estados Unidos la vida política de cada una de ellas era independiente de las restantes, a tal punto que todas tenían su carta de creación y sus instituciones propias, con una amplia diversidad cultural y religiosa, en las colonias españolas la cuestión fue muy distinta.

En la América española no desembarcó un pequeño buque cargado con peregrinos que huían de la persecución religiosa. Aquí desembar-

53. Ley N° 26895; BO 22-10-2013.

có el Imperio de Carlos V, que no era exactamente una organización democrática. Y cuando la dinastía de los Habsburgo en España se extinguió con el rey Carlos II, sobrevino la Guerra de Sucesión al cabo de la cual Luis XIV de Francia colocó en el trono español a su nieto. A los Austrias sucedieron los Borbones, que implantaron en América el centralismo que el Cardenal Richelieu había diseñado en Francia para asegurar el poder real y protegerlo de la turbulencia de los nobles. El mismo quedó corporizado legislativamente en la Real Ordenanza de Intendentes del rey Carlos III, de 1782, según la cual los virreinos, capitanías generales y demás territorios coloniales, quedaban divididos en entidades administrativas denominadas Intendencias.

Es así que, al momento de independizarse de sus respectivas metrópolis, los estados de la Unión y las provincias argentinas se encontraban en una situación muy diferente. Los primeros tenían una base territorial, un gobierno propio y una identidad cultural y religiosa particular. Las provincias argentinas, en cambio, todavía eran ciudades que emergían de un régimen centralizado y políticamente uniforme, en el cual no habían tenido la oportunidad de desempeñar un rol activo como unidades autónomas.⁵⁴ Sumemos a todo ello que, en 1820, un conflicto con el Cabildo de Luján dio pie a Rivadavia a suprimir los cabildos en la Provincia de Buenos Aires, lo que eliminó la única institución de raíz democrática originada en la época colonial.

54. Tal como explica claramente Bidegain: “[d]urante la época de la dominación española no se reconoció la existencia de verdaderas provincias, con límites territoriales definidos y organización política y administrativa, sino la de aquellos núcleos urbanos principales, únicos entes dotados de cierta organización (municipal) y sustancia política (por su gestión del bien común). De las catorce provincias, originarias dentro del actual territorio argentino, llamativamente, trece se originaron en ciudades con cabildos. La única excepción, con claro sustento geográfico, fue Entre Ríos. Sólo un Cabildo, el de Luján no dio lugar a una nueva provincia y esto es explicable dada su proximidad a Buenos Aires. Algunos han creído encontrar las trazas iniciales de las provincias argentinas en otro hecho político: la división en 1782 del virreinato en intendencias (de las que en el actual territorio argentino existieron las de Salta, Córdoba, del Tucumán y Buenos Aires). Pero en los sucesos de mayo de 1810 no fueron las intendencias sino las ciudades principales las llamadas a ratificar la decisión de Buenos Aires de subrogar la autoridad del virrey por la de una junta integrada por criollos. En definitiva, la formación de las provincias no se ciñó a los límites geográficos de las gobernaciones-intendencias sino a los que trazó la fuerza expansiva de las ciudades cabeceras”. Bidegain, Carlos María, *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, edición revisada y actualizada por Eugenio Palazzo y Roberto A. Punte, 1995, T. III, p. 13.

El caudillismo

No menos importante es el caudillismo. En la Argentina –al igual que en muchas partes de Latinoamérica–, el caudillismo es una parte inescindible de la vida política. Vivimos en un país en el cual es común que los gobernantes se arroguen destinos mesiánicos con el ánimo de refundar constantemente las bases del sistema. Obviamente que ello está favorecido enormemente por el tejido social. Sarmiento escribió en *Facundo* que “un caudillo que encabeza un gran movimiento social no es más que el espejo en el que se reflejan en dimensiones colosales las creencias, las necesidades, las preocupaciones y los hábitos de una nación en una época determinada”.⁵⁵

El caudillo tiende a reemplazar con su figura a todas las instituciones. Linares Quintana decía:

... [q]uizás el rasgo más típico de la política hispanoamericana sea el caudillismo, sistema que comporta el gobierno de los hombres y no el gobierno de las leyes. El personalismo signa a gobiernos y partidos, y son las personas en lugar de las ideas el eje de la turbulenta dinámica política de estos países.⁵⁶

Similar opinión tenía Maurice Duverger, para quien el caudillismo es “común a todos los países de Iberoamérica [que tienen] la necesidad de personalizar el poder, propia de los pueblos de escasa educación política, acostumbrados al paternalismo del señor o jefe”.⁵⁷

Las herramientas naturales del caudillo son el populismo, la ideología predominante en la Argentina y la “viveza”, esa forma inferior de la inteligencia, como la denominó Víctor Massuh en un libro pequeño pero extraordinario que tituló *La Argentina como Sentimiento*. Decía Massuh:

La inteligencia es como un organismo muy delicado y sensible. Cuando advierte a su alrededor un ambiente demasiado rudo y poco propicio a su desarrollo, se retrae, vegeta, o vuela hacia otras latitudes. El

55. Sarmiento, Domingo Faustino, *Facundo*, en *Obras Completas*, edición de la Universidad Nacional de La Matanza, T. VII, p. 20.

56. Linares Quintana, Segundo V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Buenos Aires, Plus Ultra, 2ª ed., 1976, T. III, p. 548.

57. Duverger, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 5ª edición española, 1970, p. 586.

vacío que deja entonces es llenado por el arma intelectual del populismo –la “viveza”– que viene a ser una forma inferior de la inteligencia, una mezcla de habilidad y falta de escrúpulos.

El federalismo debilitado

El superpresidencialismo se nutre también de las debilidades del régimen federal, en tanto la absorción de facultades por parte del Gobierno Nacional es aprovechada en general por el Poder Ejecutivo.

En la Argentina, la debilidad del régimen federal tiene varios orígenes.

- En primer lugar, el centralismo colonial, al cual ya me he referido.
- En segundo lugar, las propias cláusulas de la Constitución, que ponen en evidencia un sistema federal más centralizado que el de los Estados Unidos.
- En tercer lugar, el unitarismo fiscal que produce el sistema de coparticipación federal, ahora establecido en la propia Constitución.
- En cuarto lugar, el uso y abuso de la intervención federal.
- Finalmente, en quinto lugar, la concentración poblacional de la Ciudad de Buenos Aires y del Gran Buenos Aires, donde vive el 33% de los habitantes del país.

De todo ello me interesa detenerme brevemente en lo relativo a las cláusulas constitucionales y al unitarismo fiscal. En relación con las primeras, se advierte que entre el régimen federal en los Estados Unidos y en la Argentina existen numerosas diferencias. Estas han sido objeto de estudio detenido por Carlos Sánchez Viamonte⁵⁸ y luego por Jorge R. Vanossi,⁵⁹ quienes señalan unas 18 diferencias entre ambas constituciones.

De todas las diferencias, vale la pena detenerse en dos de ellas. La primera es la uniformidad de la llamada “legislación de fondo” establecida por el artículo 75 (12). Mientras en los Estados Unidos cada estado puede dictar su propia legislación civil, comercial, penal,

58. Sánchez Viamonte, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Kapelusz, 4ª ed., 1967, p. 81 y ss.

59. Vanossi, Jorge R., “La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina”, *Revista Jurídica de San Isidro*, año 1976, n° 10-11, pp. 73-148.

laboral, etc., esta facultad en nuestro país pertenece exclusivamente al Congreso de la Nación. Las provincias sólo pueden legislar en materia procesal y de Derecho Público local. El Congreso Nacional puede legislar de manera uniforme y para todo el país sobre materias tan trascendentes como el concepto de persona, la forma del matrimonio, la tolerancia o represión del aborto, la existencia de pena de muerte, la noción de contrato, el orden sucesorio, etc. Nada de esto puede hacer el Congreso norteamericano.

La segunda diferencia importante tiene lugar con el sometimiento de las provincias a la jurisdicción federal. No obstante haber establecido el Poder Judicial federal sobre las mismas bases que la Constitución norteamericana, el constituyente argentino nunca incorporó la Enmienda Décimo Primera.⁶⁰ Esta enmienda inhibe a la Corte Suprema y a los tribunales federales de intervenir en demandas contra los estados. La misma tuvo que ser sancionada como consecuencia de las protestas que suscitó el fallo de la Corte en el caso *Chisholm v. Georgia*,⁶¹ en el cual se hizo lugar a una demanda contra un estado por el cobro de bonos emitidos durante la Guerra de la Independencia.

En nuestro país, por el contrario, no existe tal prohibición y las provincias pueden ser demandadas ante los tribunales federales y también ante la instancia originaria de la Corte Suprema, bien que esta jurisdicción se ha restringido últimamente.⁶² De hecho, en un antiguo caso⁶³ la Provincia de Buenos Aires sostuvo la incompetencia originaria de la Corte para intervenir en un caso en el cual aquella estaba demandada y el Tribunal estableció específicamente que nuestra Constitución no incorpora la Enmienda Décimo Primera.

60. De acuerdo con esta Enmienda, "The Judicial Power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by citizens of another state, or by citizens or subjects of any foreign State".

61. 2 U.S. (2 Dallas) 419 (1793). El caso produjo tal conmoción que inmediatamente fue adoptada la Enmienda Décimo Primera. Para un estudio completo del caso y la Enmienda, véase Orth, John V., *The Judicial Power of the United States - The Eleventh Amendment in American History*, Oxford University Press, 1987.

62. Ver Bianchi, Alberto B., "La Corte Suprema reduce su competencia originaria", JA 2006-II, 97.

63. "Avego c/Provincia de Buenos Aires", Fallos: 14:425 (1874).

El unitarismo fiscal

Veamos ahora la cuestión tributaria. Desde el punto de vista de la recaudación fiscal, la República Argentina es un país completamente “desfederalizado”. La causa principal de este fenómeno es, sin dudas, el sistema de coparticipación federal de impuestos, creado en 1935 como una medida provisional que la reforma constitucional de 1994 ha elevado a rango constitucional.⁶⁴ En otras palabras, la propia Constitución ha impuesto la dependencia fiscal de las provincias respecto del Gobierno Federal.⁶⁵

Por medio de este sistema el Gobierno Federal recauda los llamados “impuestos directos”, el más importante de los cuales es el Impuesto a las Ganancias y luego los distribuye (coparticipa) entre las provincias según las alícuotas establecidas en la legislación vigente, que a estos fines ha sido abundante.

Rige actualmente Ley de Coparticipación Federal de 1988 (Ley N° 23548) que establece dos tipos de distribuciones. La distribución primaria, que tiene lugar entre la Nación y las provincias, y la secundaria, que se lleva a cabo entre las provincias. Conforme la primera, le

64. En relación con este tema la bibliografía es amplísima. Ente otras, véase la obra colectiva *El Federalismo fiscal a partir de la reforma constitucional*, dirigida por Félix Borgonovo, Buenos Aires, 1995; Bulit Goñi, Enrique, “Sistemas de coordinación de potestades tributarias a distintos niveles en el régimen federal argentino”, en *Tratado de Tributación*, obra dirigida por Horacio García Belsunce, Buenos Aires, Astrea, 2003, T. I, Vol 2, Cap. X; Pérez Hualde, Alejandro, *Coparticipación Federal de Impuestos*, Buenos Aires, Depalma, 1999.

65. Roberto Cortés Conde lo ha explicado de esta manera: “La crisis mundial de 1930, con la caída del comercio exterior, hizo imposible continuar financiando al Estado con los impuestos a la importación. Aunque existieron intentos por obtener una solución de largo plazo, los gobiernos casi siempre apelaron a medidas de emergencia para obtener ingresos alternativos, sin que se diseñara un régimen fiscal consensuado que posibilitara finanzas estables. En general, las medidas producto de la emergencia representaron una mayor centralización en la apropiación de los recursos y la apelación a la emisión, lo que después de la Segunda Guerra Mundial generó una persistente y cada vez más elevada inflación. Se había roto el acuerdo político y fiscal que había consagrado la Constitución. En la práctica fiscal, había avanzado un fuerte centralismo. Pero, a la vez, avanzaba el Poder Ejecutivo sobre facultades legislativas, al realizar gastos más allá de lo que obtenía de los impuestos. Así, el federalismo comenzó a perder su base fiscal de sustento y las provincias quedaron a merced del Gobierno central. Estos conflictos de las provincias con el Estado central por los impuestos perduraron hasta nuestros días. A partir de entonces, el Ejecutivo actuó muchas veces sin atender al Congreso, y provocó una crisis de legitimidad que se reflejó en una crónica inestabilidad política”. Cortés Conde, Roberto, “La decadencia de nuestro federalismo”, *La Nación*, 6 de septiembre de 2011.

corresponde a la Nación el 42,34% de lo recaudado y a las provincias el 54,36%. Conforme la segunda, cada provincia tiene asignado un porcentaje fijo en el reparto. Este sistema perjudica a todas las provincias, pero particularmente a Buenos Aires, que posee proporcionalmente la mayor concentración poblacional, con unos 10 millones de personas en el conurbano.

Vale recordar, por último, que la Corte Suprema ha admitido *obiter dictum* la validez constitucional de las leyes-convenio en materia impositiva. Ello ocurrió con relación a la Ley N° 12956 (de coparticipación de los impuestos nacionales a los réditos a las ventas, a las ganancias eventuales y a los beneficios extraordinarios) en la causa “Carlos J. Madariaga Anchorena”.⁶⁶ Allí sostuvo el Tribunal que

... el ordenamiento vigente en el país admite que las provincias puedan restringir convencionalmente el ejercicio de sus poderes impositivos mediante acuerdos entre sí con la Nación y la peculiaridad esencial de esos acuerdos en lo que al caso interesa, es que no afectan derechos individuales.

Poco tiempo después, en “SA. Compañía San Pablo de Fabricación de Azúcar c. Provincia de Tucumán”,⁶⁷ acotando la doctrina del caso anterior, la Corte dijo:

... toda vez que lo atinente a las atribuciones en materia impositiva es de orden estrictamente constitucional, los plausibles acuerdos que puedan alcanzarse por leyes del tipo de la invocada [se refería a la ley-convenio de unificación de impuestos internos N° 12139] deben interpretarse restrictivamente.

El sistema electoral

También el sistema electoral ha contribuido a fortalecer el Poder Ejecutivo en desmedro del Congreso. En la Argentina los candidatos a los cargos legislativos no se eligen por circunscripción electoral sino por listas de candidatos. Las llamadas listas sábana. Así lo establece el Código Electoral Nacional en el artículo 60. Cada partido

66. Fallos: 242:280 (1958).

67. Fallos: 251:180 (1961).

debe presentar su lista de candidatos para ser aprobada por las autoridades electorales.

Este sistema tiene varios inconvenientes:

- En primer lugar, los candidatos que conforman la lista no siempre son bien conocidos por los ciudadanos ya que en muchos casos no pertenecen a su “circunscripción”.
- En segundo lugar, el candidato no se siente particularmente inclinado a escuchar a su electorado, pues este no constituye un número de personas identificable geográficamente, con problemas comunes.
- En tercer lugar, la tarea del electorado, en realidad, es homologar una elección que ya ha hecho previamente el partido.
- Por último, todo ello debilita la independencia del futuro diputado quien está muy ligado a las autoridades superiores de su partido y, en general, al Presidente, que de hecho es el jefe del partido político mientras gobierna.

En síntesis, bajo este sistema es el Poder Ejecutivo el que en definitiva establece cómo se compone el Congreso y, como resultado de ello, los legisladores sienten que le deben a este y no al electorado su nombramiento.

Las crisis políticas y económicas

También han contribuido eficazmente a incrementar el poder político del Presidente las constantes y prolongadas emergencias económicas que ha sufrido la Argentina, en la medida en que, ya sea que hayan sido establecidas por ley o por Decreto, las mismas restringen derechos individuales y el control de todo ello recae en la rama ejecutiva, incrementando su poder de policía.

Siguiendo su línea tradicional de apoyo al Presidente en los casos de interés institucional, la Corte Suprema ha sido sumamente tolerante con las medidas de emergencia económica que, en general, han sido declaradas constitucionales, salvo en casos excepcionalísimos. Una enumeración meramente ejemplificativa, permite advertir que esta aprobación ha recaído sobre una gran cantidad de materias, entre ellas:

- Reducción y congelamiento de alquileres pactados.⁶⁸
- Prórroga legal de las locaciones urbanas.⁶⁹
- Moratoria hipotecaria.⁷⁰
- Reducción de los intereses pactados entre acreedores y deudores hipotecarios.⁷¹
- Suspensión de la ejecución de sentencias y paralización de procesos judiciales de desalojo.⁷²
- Fijación de precios máximos para la venta de ciertos productos.⁷³
- Disminución de haberes jubilatorios ya acordados.⁷⁴
- Obligación de contratar e imposición de aportes forzosos a ciertos empresarios.⁷⁵
- Obligación de las salas de cine de contratar “números vivos”.⁷⁶
- Estatización de los depósitos bancarios y sustitución de los mismos por un bono que todavía no había sido emitido.⁷⁷
- Conversión forzosa a pesos (pesificación) de todas las obligaciones contraídas en moneda extranjera.⁷⁸

LAS FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL JEFE DE GOBIERNO. ERRORES Y ACIERTOS

El esquema general

En lo que se refiere a la organización del Poder Ejecutivo, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA) ha seguido, en lo sustancial, el esquema de la Constitución Nacional (CN) luego de su reforma en 1994.

68. Fallos: 136:170; 204:195.

69. Fallos: 136:161; 199:466; 200:158; 206:158.

70. Fallos: 172:21 y 291; 263:83.

71. Fallos: 172:21.

72. Fallos: 144:220; 204:195; 235:171 y 512; 243:467.

73. Fallos: 200:450; 205:386.

74. Fallos: 173:5; 179:394.

75. Fallos: 177:147.

76. Fallos: 247:121.

77. Fallos: 313:1513 (1990).

78. Fallos: 327:4495 (2004); 329:5913 (2006).

Se trata, en primer lugar, de un órgano unipersonal (artículo 95) que integra una fórmula con el Vicejefe de Gobierno,⁷⁹ elegida en forma directa y conjunta, empleándose el sistema de “doble vuelta” o *ballotage* si en la primera vuelta ninguna fórmula alcanzara la mayoría absoluta (artículo 96).

El mandato del Jefe de Gobierno es de cuatro años y puede ser reelegido por otro mandato consecutivo. En lo que a la reelección se refiere, el artículo 98 CCABA ha copiado el mismo dispositivo que figura en el artículo 90 CN, de modo que habiendo cumplido dos mandatos, luego del intervalo de un período, el Jefe de Gobierno podría ser elegido nuevamente por otros dos mandatos consecutivos.

No está prevista la existencia del “Jefe de Gabinete” con las funciones que le asigna a este órgano de gobierno el artículo 100 de la CN. La CCABA en el artículo 104 (4) sólo prevé que el Jefe de Gobierno “puede” (facultad discrecional) designar un “Ministro Coordinador”, el cual “coordina y supervisa las actividades de los Ministros y preside sus acuerdos y sesiones del Gabinete en ausencia del Jefe de Gobierno”.

En materia reglamentaria, el Jefe de Gobierno posee las mismas facultades que el Poder Ejecutivo nacional en lo que se refiere a los reglamentos ejecutivos y de necesidad y urgencia. Estas facultades surgen de los artículos 102 y 103 los cuales, en lo que aquí interesa, disponen lo siguiente.

Conforme el artículo 102, “[el Jefe de Gobierno] tiene iniciativa legislativa, promulga las leyes y las hace publicar, las reglamenta sin alterar su espíritu y las ejecuta en igual modo”. Este artículo, incluso, le concede la facultad de “participar” en la discusión de las leyes por sí o por intermedio de sus ministros, prerrogativa esta que no tiene el Poder Ejecutivo nacional.

En el artículo 103 están previstos los llamados Decretos de Necesidad y Urgencia por medio de un texto que reproduce, en lo esencial, el artículo 99 (3), tercer párrafo de la CN. De acuerdo con el artículo 103 CCABA:

79. La CCABA emplea alternativamente la denominación de “Gobernador”, pero en la práctica no se la usa, probablemente para no confundir al Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires con los gobernadores de las provincias.

... [e]l Poder Ejecutivo no puede, bajo pena de nulidad, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos en esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen las materias procesal penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, el Gobernador puede dictar decretos por razones de necesidad y urgencia. Estos decretos son decididos en acuerdo general de Ministros, quienes deben refrendarlos. Son remitidos a la Legislatura para su ratificación dentro de los diez días corridos de su dictado, bajo pena de nulidad.

La diferencia más importante en materia reglamentaria está dada por el artículo 84 CCABA, según el cual “[l]a Legislatura no puede delegar sus atribuciones”. Parecería entonces que el Jefe de Gobierno no puede dictar reglamentos delegados.

Por último, sin perjuicio de las facultades propias que nacen del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (ver artículos 104 y 105 CCABA), la diferencia más importante que puede anotarse entre el Jefe de Gobierno y el Presidente de la Nación es que el primero no designa a los jueces inferiores, tarea que le corresponde exclusivamente a la Legislatura (artículo 118 CCABA).

Sí, en cambio, tiene facultades para designar a los jueces del Superior Tribunal de Justicia, con acuerdo de dos tercios del “total” de la Legislatura. Nótese que el artículo 104 (5) CCABA le acuerda al Jefe de Gobierno la facultad de “proponer” los jueces del Tribunal Superior, sin embargo el artículo 111 le acuerda también la facultad de “designarlos”.⁸⁰ Ciertamente es que en este punto la exigencia del acuerdo es mayor que en la CN, ya que el acuerdo del Senado para la designación de los jueces de la Corte Suprema, conforme el artículo 99 (4), es de dos tercios sobre los miembros “presentes”.

Una evaluación de estas facultades

Efectuada la descripción que antecede, tengo para mí que, en relación con el Poder Ejecutivo, la CCABA poco o nada se ha apartado

80. CCABA, artículo 111: “El Tribunal Superior de Justicia está compuesto por cinco magistrados *designados por el Jefe de Gobierno* con acuerdo de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura, en sesión pública especialmente convocada al efecto...”. El destacado me pertenece.

del sistema institucional establecido en la CN. Me atrevería a decir, incluso, que lo ha seguido con absoluta fidelidad, lo que sugiere, sin dudas, que el Jefe de Gobierno, en el ámbito territorial que le corresponde gobernar, es un órgano tan poderoso como lo es el Presidente de la Nación en el suyo.

De las diferencias anotadas, las únicas dos que son importantes no le restan poder al Jefe de Gobierno. Me refiero a la prohibición de la delegación legislativa y la imposibilidad de nombrar los jueces de las instancias ordinarias. La primera de estas prohibiciones va en contra de todas las tendencias de los sistemas constitucionales avaladas por el derecho comparado y por el sistema nacional. La segunda es, a mi modesto juicio, insustancial, pues el Jefe de Gobierno puede designar a los jueces que tienen la facultad de revocar las decisiones de los jueces que aquel no puede designar.

Me ocuparé en el punto siguiente de la facultad reglamentaria, pues, como siempre, es la que determina la dimensión de las facultades del Poder Ejecutivo en cualquier nivel de gobierno que estas sean analizadas.

La facultad reglamentaria

a. Los reglamentos ejecutivos

En relación con los reglamentos ejecutivos (decretos reglamentarios), es decir, aquellos que emite el Poder Ejecutivo para poner en ejecución las leyes, existe una profunda diferencia entre la Constitución de los Estados Unidos y la CN que no ha modificado la CCABA.

En nuestro país, el Presidente es el principal órgano de emisión de estos reglamentos; en los Estados Unidos, por el contrario, esa función corresponde principalmente a los diferentes departamentos y agencias administrativas que dependen del Presidente.

Los constituyentes de 1853 –y los constituyentes de la Ciudad de Buenos Aires en 1996– siguieron el proyecto de Alberdi, que copió el artículo 170.1 de la llamada Constitución de Cádiz de 1812, volcado actualmente en los artículos 99 (2) CN y 102 CCABA.

En los Estados Unidos, el único paralelo que podemos encontrar con estos artículos es la llamada *take care clause* del artículo II de la Constitución norteamericana, que encomienda al Presidente cuidar

(*take care*) que las leyes sean fiel y debidamente ejecutadas por sus subordinados en la Administración. Así, mientras en la Argentina es el Poder Ejecutivo quien directamente *ejecuta* las leyes, en los Estados Unidos este *cuida* de que las leyes sean debidamente ejecutadas.

Además de esta diferencia, el procedimiento de emisión de los reglamentos es muy diferente en los Estados Unidos y en la Argentina. En los Estados Unidos la sanción de un reglamento es un acto rodeado de una gran cantidad de controles administrativos previos y de una gran participación de los eventuales afectados, todo lo cual tiende a superar el déficit democrático de las normas administrativas.⁸¹ Para paliar este déficit fue dictado el Decreto N° 1172/2003.⁸²

Por el contrario, en la Argentina el Poder Ejecutivo y la Administración en general poseen una libertad completa para la sanción de reglamentos, los que se comportan como un acto virtualmente discrecional y unilateral de la autoridad que los sanciona. Dada la discrecionalidad existente en el ejercicio de los poderes reglamentarios acordados al Presidente y no limitados prácticamente por ley alguna, la Corte Suprema debería haber sido muy estricta en el análisis de la constitucionalidad de los mismos.

No lo ha sido, sin embargo. Desde 1928 en adelante, en el caso Administración de Impuestos Internos c. Chadwick, Weir y Cía. Ltda.,⁸³ la Corte Suprema ha sido sumamente tolerante con el poder reglamentario del Poder Ejecutivo y, en general, ha declarado constitucionales los decretos reglamentarios, empleando para ello un cliché muy habitual que dice:

... los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley, siempre que se ajusten al espíritu de la misma, cuidando de que se mantengan inalterados los fines y el sentido o concepto con que dichas leyes han sido sancionadas. El texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión, siempre que ello no afecte su acepción sustantiva.

81. Véase: Lubbers, Jeffrey S., *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, American Bar Association, 4° ed.

82. BO del 04/12/2003.

83. Fallos: 151:5 (1928).

Lo mismo afirmó en ulteriores pronunciamientos, entre los que cabe mencionar a “María F. de Salmón”;⁸⁴ “Pérez y González”;⁸⁵ “L. Bustos S.R.L. c. Nación Argentina”;⁸⁶ “Federación de Obreros y Empleados de la Industria del Papel, Cartón, Químicos y Afines c. E. Flaibán S.A.”;⁸⁷ .G.I. c. De Angelis S.A.”;⁸⁸ “The American Rubber Co.”;⁸⁹ “Compañía Azucarera y Alcoholera S.A. c. Nación Argentina”;⁹⁰ “Krill Producciones Gráficas S.R.L.”;⁹¹ “Barrose c. Nación Argentina”;⁹² “Juárez c. Nación Argentina”;⁹³ “Agüero c. Banco Central”;⁹⁴ “A.A.D.I.-C.A.P.I.F. c. Hotel Mon Petit”;⁹⁵ “Oharriz, c. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”;⁹⁵ “Provincia del Chaco c. Estado Nacional”;⁹⁶ “Jesús Eijo S. A.”;⁹⁷ y “Gianola y otros c. Estado Nacional y otros”.⁹⁸

Esa apelación al “espíritu de la ley”, que reproduce el artículo 102 CCABA, obviamente es subjetiva y ha dado pie a una gran tolerancia de la Corte para con el Poder Ejecutivo.

b. Los reglamentos de necesidad y urgencia [DNU]

Imitando a la CN, el artículo 103 CCABA ha incorporado los DNU. En relación con esta clase de reglamentos, los constituyentes de 1994 enfrentaban el siguiente dilema:⁹⁹ darles cabida constitucional o no darles

84. Fallos: 178:224 (1937).

85. Fallos: 200:194 (1944).

86. Fallos: 232:287 (1955).

87. Fallos: 244:309 (1959).

88. Fallos: 304:438 (1982).

89. Fallos: 298:609 (1977).

90. Fallos: 311:1617 (1988).

91. Fallos: 316:1239, 1243 (1993).

92. Fallos: 318:1707 (1995).

93. Fallos: 313:433 (1990).

94. Fallos: 315:2530 (1992).

95. Fallos: 326:3032 (2003).

96. Fallos: 326:3521 (2003).

97. Fallos: 328: 43 (2005).

98. Fallos: 330:2255 (2007).

99. Se dice, comúnmente, que estamos frente a un dilema cuando debemos optar entre dos soluciones que son malas. Es famoso el dilema que Protágoras planteó a su discípulo Evalto. Hábil sofista, Protágoras había enseñado retórica a Evalto con el compromiso de que este le pagara cuando ganara su primer pleito. Pasado el tiempo,

tal cabida. Si optaban por lo primero convalidaban una práctica paraconstitucional que el Poder Ejecutivo venía ejerciendo intensamente, pero, al menos, le imponían ciertos límites y controles; si, por el contrario, no les daban cabida, dejaban sentado que los DNU son inconstitucionales, pero con el riesgo de que el empleo de estos continuara sin freno alguno. Optaron por lo primero. En lugar de guiarse por una postura principista, prefirieron resignar cierta ortodoxia en aras de que la CN impusiera a los DNU límites y controles. Nació así el artículo 99 (3) tercer párrafo CN, reproducido en el artículo 103 CCABA.

Lamentablemente, en la Argentina la CN rara vez contiene la fuerza desbordante del Presidente y el uso de los DNU se convirtió rápidamente en un abuso. Así, muy lejos de sentirse limitados por la nueva cláusula constitucional, todos los Presidentes –desde 1994 en adelante– la han aprovechado para legislar en forma ordinaria, dictando una gran cantidad de DNU en casos que no constituyen “circunstancias excepcionales [que] hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por [l]a Constitución”, tal como establece el artículo 99 inciso 3.

Un estudio elaborado por Josefina Ichaso del Centro de Estudios Nueva Mayoría,¹⁰⁰ revela que Carlos Menem dictó 4,4 DNU por Mes, Eduardo Duhalde 9,3 DNU por mes; Néstor Kirchner 5 DNU por mes y Cristina Fernández de Kirchner 0,3 por mes como promedio en sus primeros 28 meses de gobierno. Estos estudios de campo demuestran elocuentemente que la reforma de 1994, lejos de poner frenos inhibitorios al Poder Ejecutivo en el uso de los DNU, ha desatado más aún sus poderes.¹⁰¹

Evalto no había tenido ningún caso, de modo tal que Protágoras lo intimó: o me pagas o te demandaré, le dijo. Si pierdes tendrás que pagarme y si ganas también, pues habrás ganado tu primer pleito. Evalto, que resultó ser un buen alumno, le respondió: si gano, el juez dispondrá que no te pague, y si pierdo no tendré por qué pagarte. Vid. García Venturini, Jorge L., *Historia General de la Filosofía*, Buenos Aires, Ed. Guadalupe, 1973, T. I, p. 53.

100. Disponible en: http://www.nuevamayoria.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2182&Itemid%20=30

101. Vale la pena recordar la opinión de Aníbal Fernández que fuera Ministro del Interior y luego Jefe de Gabinete, quien en una entrevista con el diario *La Nación*, al referirse a los Decretos de Necesidad y Urgencia, dijo: “Así está en la Constitución, ¿por qué no se va a usar?”. “... cuando se instituyó este tipo de decretos, además de la necesidad y la urgencia también se incluyó la conveniencia como factor determinante para utilizarlos”. “... no se está haciendo nada que no esté en la propia doctrina de los decretos”. *La Nación*, domingo 13 de abril de 2008.

Se suma a ello la “tolerancia” judicial que les dispensa la Corte Suprema. Para comprender el sentido de esta tolerancia, es preciso analizar no tanto lo que dicen los fallos, pues en general son portadores de una ortodoxia constitucional inobjetable, sino la escasa trascendencia de los casos en los cuales se sientan estos principios.¹⁰²

Se trata de casos fáciles, en los cuales la inconstitucionalidad del DNU era manifiesta y, además, no estaba comprometida ninguna decisión política de trascendencia. Ejemplos típicos de ello los constituyen casos como “Video Club Dreams c/Instituto Nacional de Cinematografía”,¹⁰³ “Risolia de Ocampo c/Rojas”,¹⁰⁴ “Verrocchi c/Poder Ejecutivo Nacional”¹⁰⁵ y “Consumidores Argentinos c/Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional”.¹⁰⁶

102. Estos principios sentados principalmente en el caso “Verrocchi”, más abajo citado, son los siguientes:

1. la Convención reformadora de 1994 pretendió atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial;
2. el texto del artículo 99 (3) de la Constitución es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país;
3. en lo que respecta a la existencia de un estado de necesidad y urgencia, es atribución de la Corte Suprema evaluar, en el caso concreto, el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos;
4. la previsión en el texto constitucional de pautas susceptibles de ser determinadas y precisadas en cada caso concreto, autoriza al Poder Judicial a verificar la compatibilidad entre los decretos dictados por el Poder Ejecutivo y la Constitución Nacional, sin que ello signifique efectuar una valoración que reemplace a aquella que corresponde al órgano que es el competente en la materia o invada facultades propias de otras autoridades de la Nación;
5. una vez admitida la atribución de la Corte Suprema de evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales características, cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son.

103. Fallos: 318:1154 (1995).

104. Fallos: 323:1934 (2000).

105. Fallos: 322:1726 (1999).

106. Fallos: 333:633 (2010).

Por el contrario, ninguno de los principios sentados en estos fallos ha sido suficiente –hasta ahora– para invalidar aquellos DNU portadores de un fuerte interés del Poder Ejecutivo. Pensemos, sin ir más lejos, en el Decreto Nº 214/2002 que fue declarado inconstitucional en el limitadísimo contexto de “Provincia de San Luis c/Nación Argentina”,¹⁰⁷ pero sobrevivió con éxito en “Bustos c/Estado Nacional”,¹⁰⁸ “Galli c/Poder Ejecutivo Nacional”,¹⁰⁹ “Massa c/Poder Ejecutivo Nacional”¹¹⁰ y todos aquellos casos en los cuales la decisión sobre la pesificación de las obligaciones tenía –de hecho– efectos generales. Lo mismo cabe decir de un precedente como “Guida c/Estado Nacional”,¹¹¹ donde estaba en juego nada menos que la masa salarial de todos los agentes de la Administración.

En síntesis, lejos de contener el desborde del Poder Ejecutivo, la constitucionalización de los DNU lo favorece.

c. La prohibición de la delegación legislativa

Tal vez para compensar el desborde de las facultades ejecutivas que producen los DNU, la CCABA en el artículo 84 prohíbe la delegación de facultades legislativas. Esta prohibición es criticable por dos razones. En primer lugar porque los excesos que teóricamente podrían evitarse con esta prohibición, pueden producirse igualmente con ocasión de la reglamentación de las leyes. En segundo lugar porque la delegación legislativa es un instrumento indispensable en todo sistema de gobierno que cuenta con amplio aval en el derecho comparado.

Hermann Finer estudió el caso con detenimiento, analizando experiencias de distintos países como Inglaterra, Estados Unidos, Francia y Alemania, y sostiene que existen cuatro razones por las cuales se produce la delegación de facultades legislativas: 1) En casi todos los países se debe, primeramente, a la excesiva cantidad de asuntos que caen dentro del Parlamento, comparada con el tiempo que tienen para tratar los asuntos. Puesto que hay que elegir, la mejor elección consiste en con-

107. Fallos: 326:417 (2003).

108. Fallos: 327:4495 (2004).

109. Fallos: 328:690 (2005).

110. Fallos: 329:5913 (2006).

111. Fallos: 323:1566 (2000).

centrar la atención en una clara definición de los fundamentos de las leyes, y dejar los reglamentos y órdenes derivadas para que los formulen los departamentos. Ningún Parlamento puede hallar tiempo suficiente para llevar a cabo esta función aunque trabajase las veinticuatro horas del día sin interrupción. 2) Muchos de los problemas sobre los que hay que legislar tienen un carácter técnico complejo; por ejemplo, las clases de máquinas, los formatos, las drogas, las enfermedades de los animales, reglas de seguridad, todo ello ha de ser regulado por la ley. Los Parlamentos, tal y como están organizados, no están en situación de dominar y decidir estas cuestiones. Necesitan expertos, científicos y técnicos para que les ayuden a completar las leyes. 3) La rapidez con que se dan nuevas situaciones; por ejemplo, nuevos proyectos sobre las minas de carbón, determinados actos llevados a cabo por un país extranjero con relación a su política económica o algún nuevo negocio ruinoso, requieren una cierta flexibilidad o discreción administrativa. 4) Algunos sectores legislativos –especialmente en los Estados Unidos– son muy poco claros respecto de lo que ha de hacer el Congreso, que vacila, por lo que es muy importante que el Congreso valore de acuerdo con el Ejecutivo. De ahí que se dependa de la experiencia y progreso de las comisiones, como la Federal Trade Commission (FTC).¹¹²

Por su lado, la historia jurisprudencial en los Estados Unidos registra prácticamente sólo dos casos en los que la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de medidas legislativas por excesos en la delegación.¹¹³ Fuera de esos dos casos, la delegación legislativa ha superado todas las pruebas judiciales a las que ha sido sometida y las mismas son muchas. Ha abarcado casos muy variados, tales como por ejemplo: la delegación en autoridades administrativas para que establezcan cómo deben ser empaquetados ciertos productos;¹¹⁴ para la aprobación de estándares mínimos de calidad para la importación del té;¹¹⁵ para el establecimiento de reglas relativas al uso de las reservas forestales;¹¹⁶

112. Finer, Hermann, *Teoría y Práctica del Gobierno Moderno*, versión castellana de Enrique Tierno Galván, Madrid, Tecnos, 1964, p. 640.

113. Existen algunos otros pero son poco significativos en la historia de la delegación y se refieren a delegaciones efectuadas en favor de instituciones religiosas.

114. *In re Kollock*, 165 U.S. 526 (1897).

115. *Buttfield v. Stranahan*, 192 U.S. 470 (1904).

116. *United States v. Grimaud*, 220 U.S. 506 (1911).

para establecer variaciones o diferencias en la forma en que los envases de productos alimenticios deben indicar su contenido;¹¹⁷ para establecer en qué mercados es obligatoria la graduación del tabaco;¹¹⁸ para determinar prioridades en el transporte de cargas durante períodos de emergencia;¹¹⁹ para fijar listas de precios para la distribución de la leche¹²⁰ y otros productos;¹²¹ para fijar precios de alquileres;¹²² para regular precios y salarios en la industria carbonífera;¹²³ para imponer el toque de queda en orden de proteger recursos militares de eventuales sabotajes;¹²⁴ para distribuir cuotas de mercado en la industria tabacalera;¹²⁵ para imponer métodos de contabilidad en el transporte interestatal;¹²⁶ para establecer tarifas ferroviarias;¹²⁷ para autorizar la remoción de puentes que obstaculizan vías navegables;¹²⁸ para deportar extranjeros considerados como indeseables;¹²⁹ para autorizar la fusión de empresas ferroviarias en el interés público;¹³⁰ para otorgar licencias de radio,¹³¹ etc.

Pero la delegación legislativa en los Estados Unidos ha ido más lejos aún y se ha extendido —ya desde sus orígenes— a dos campos desconocidos por nosotros. El primero es aquel referido a la posibilidad de que el Presidente pueda suspender o rehabilitar temporalmente la vigencia de una ley. El problema fue analizado en el caso del ber-

117. *United States v. Shreveport Grain & Elevator Co.*, 287 U.S. 77 (1932).

118. *Currin v. Wallace*, 306 U.S. 1 (1939).

119. *Avent v. United States*, 266 U.S. 127 (1924).

120. *United States v. Rock Royal Cooperative*, 307 U.S. 533 (1939).

121. *Yakus v. United States*, 321 U.S. 414 (1944).

122. *Bowles v. Willingham*, 321 U.S. 503 (1944).

123. *Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins*, 310 U.S. 381 (1940).

124. *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943).

125. *Fahey v. Mallonee*, 332 U.S. 245 (1947).

126. *ICC v. Goodrich Transit Co.*, 224 U.S. 194 (1912).

127. *ICC v. Louisville & Nashville R.R.*, 227 U.S. 88 (1913); *American Trucking Association v. Atchinson, Topeka and Santa Fe Ry.*, 387 U.S. 397 (1967).

128. *Union Bridge Co. v. United States*, 204 U.S. 364 (1907).

129. *Mahler v. Eby*, 264 U.S. 32 (1924); *Tisi v. Tod*, 264 U.S. 131 (1924).

130. *New York Central Securities Co. v. United States*, 287 U.S. 12 (1932).

131. *Federal Radio Commission v. Nelson Bros. Bond & Mortgage Co.*, 289 U.S. 266 (1933).

gantín Aurora,¹³² en el cual fue admitida la constitucionalidad de esta decisión.¹³³ El segundo está vinculado con la autorización dada por el Congreso a los tribunales federales para que legislen sobre normas de procedimiento. Esta autorización fue admitida por la Corte Suprema en 1925 en el caso *Wayman v. Southard*,¹³⁴ cuando se dictó la primera ley¹³⁵ que autorizó a los tribunales a ejercer el llamado *rulemaking power*, es decir, la potestad de dictar normas de alcance general.¹³⁶ A partir de allí, el Congreso de los Estados Unidos ha delegado expresamente en la Corte Suprema y demás tribunales federales la posibilidad de dictar normas de procedimiento, primero en el orden civil¹³⁷ y, posteriormente, en materia penal,¹³⁸ las que en la práctica constituyen verdaderos códigos procesales si nos atenemos a su extensión y detalle. La delegación en materia procesal civil está prevista actualmente en el Capítulo 131 del Título 28 USC,¹³⁹ secciones 2071 a 2077 (la sección 2076

132. Nota 10; 11 U.S. (7 Cranch) 382 (1813).

133. El caso tuvo lugar con motivo de la llamada *Non-Intercourse Act* (Ley de no Intercambio) de 1809, dictada como medio de proteger el comercio de los Estados Unidos de los bloqueos recíprocos que Inglaterra y Francia durante el transcurso de la guerra napoleónica habían decretado sobre los puertos en los que habitualmente comerciaban. La ley disponía el cese de relaciones comerciales con ambos países con el objeto de mantener la neutralidad de los Estados Unidos, y autorizaba al Presidente a suspender o rehabilitar su vigencia. El buque Aurora que había violado la prohibición de comerciar con Inglaterra fue sancionado y planteó la inconstitucionalidad de la ley sobre la base de la delegación legislativa efectuada por el Congreso.

134. 23 U.S. (10 Wheaton) 1 (1825).

135. Ley sancionada el 8 de mayo de 1792, sección 2; 1 Statutes at Large 275, 276.

136. En el derecho norteamericano es importante la distinción entre *rulemaking* y *adjudication*. El primero es la potestad de dictar normas de alcances general. El segundo se refiere a la decisión de una situación concreta. De hecho, los tribunales normalmente deciden casos concretos por medio de la *adjudication* pero pueden también dictar normas de alcance general, ejerciendo el *rulemaking*.

137. Ley del 19 de junio de 1934, 48 Statutes at Large 1064.

138. Ley del 29 de junio de 1940, 54 Statutes at Large 688.

139. El United States Code (USC) es una recopilación ordenada por temas de la legislación que emana del Congreso. El Congreso autorizó su publicación en 1925 y su primera edición data de 1926. La legislación fue clasificada en 50 Títulos y cada seis años se realiza una nueva edición, la que incorpora los suplementos que se van publicando cada año (cfr. *Black's Law Dictionary*, Minnesota, West Publishing Co., 6th. ed., 1990, p. 1533).

está derogada)¹⁴⁰ y la referida al derecho procesal penal, en el Título 18, Sección 3771. El problema fue reabierto con la llamada *Sentencing Reform Act* de 1984, por medio de la cual fue creada una Comisión en el ámbito del Poder Judicial¹⁴¹ con el objeto de estudiar la manera de unificar el contenido de las sentencias dictadas en procesos criminales.¹⁴² La inconstitucionalidad de la ley fue planteada en el caso *Mistretta v. United States*,¹⁴³ en el cual la Corte prácticamente por unanimidad¹⁴⁴ declaró su validez sobre la base de que no está prohibido a los jueces ejercer funciones extrajudiciales delegadas por el Congreso.¹⁴⁵

CONCLUSIONES

Si bien el examen del derecho comparado revela que el equilibrio de los tres poderes es más teórico que real, en nuestro caso el desborde ejecutivo ha tenido y tiene raíces muy profundas y proporciones –por momentos– tropicales.

140. La Sección 2071, subsección (a) que establece la delegación dice: “La Corte Suprema y todos los Tribunales establecidos por ley del Congreso podrán dictar normas de procedimiento. Las mismas deberán respetar las leyes del Congreso y las reglas de procedimiento prescriptas en la Sección 2072 de este Título”. En la Sección 2072, a su vez, se establece “(a) La Corte Suprema tendrá competencia para dictar normas generales de práctica y procedimiento y normas sobre prueba (*evidence*) para casos ante los Tribunales de Distrito y Corte de Apelación (Cortes de Circuito). (b) Estas reglas no limitarán, extenderán ni modificarán ningún derecho sustantivo. Las leyes contrarias a estas reglas quedarán sin efecto luego de que las reglas entren en vigencia. (c) Estas reglas pueden determinar en qué casos un pronunciamiento de un Tribunal de Distrito es definitivo a los efectos de la apelación”.

141. La Comisión estaba integrada por siete miembros designados por el Presidente con acuerdo del Senado, tres de los cuales debían ser jueces federales elegidos entre una lista de seis recomendados por la Conferencia Judicial.

142. Con la creación de esta Comisión se intentaba dar respuesta al problema de las diferencias existentes en la manera de dictar sentencia entre diferentes jueces ante casos similares, por lo que la ley de creación de aquella le imponía la necesidad de buscar estándares generales que los jueces debían aplicar al dictar sentencias.

143. 488 U.S. 361 (1989).

144. El voto del *justice* Blackmun fue seguido por siete de sus colegas, con excepción del *justice* Scalia que voto en disidencia.

145. Señala el voto de Blackmun en uno de sus pasajes que: “La Constitución (...) no prohíbe a los jueces usar dos sombreros; solamente les prohíbe usar ambos al mismo tiempo”. Puede verse la sentencia en Gunther, Gerald, *Constitutional Law*, New York, The Foundation Press, Inc., 12th edition, 1991, pp. 356-359.

Esta tendencia no ha sido modificada por la CCABA, que ha diseñado un Poder Ejecutivo a imagen y semejanza del Poder Ejecutivo nacional, donde los recortes que el Jefe de Gobierno pueda sufrir en modo alguno socavan su autoridad y fortaleza.

En síntesis, frente a la pregunta formulada como subtítulo de este trabajo, la respuesta más sincera es que el Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires es un órgano de gobierno fuerte.

Capítulo Primero

Titularidad

Artículo 95

El Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es ejercido por un Jefe o Jefa de Gobierno o Gobernador o Gobernadora.

Artículo 96

El Jefe de Gobierno y un Vicejefe o Vicejefa son elegidos en forma directa y conjunta, por fórmula completa y mayoría absoluta. A tal efecto se toma a la Ciudad como distrito único.

Si en la primera elección ninguna fórmula obtuviera mayoría absoluta de los votos emitidos, con exclusión de los votos en blanco y nulos, se convoca al comicio definitivo, del que participarán las dos fórmulas más votadas, que se realiza dentro de los treinta días de efectuada la primera votación.

Artículo 97

Para ser elegido se requiere ser argentino, nativo o por opción; tener treinta años de edad cumplidos a la fecha de la elección; ser nativo de la Ciudad o poseer una residencia habitual y permanente en ella no inferior a los cinco años anteriores a la fecha de elección; y no encontrarse comprendido en algunas de las inhabilidades e incompatibilidades previstas para los legisladores.

PODER EJECUTIVO

Por Alejandra Lázzaro

Dejando atrás aquella idea instalada desde los inicios de nuestra vida institucional de que el titular del ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires, por ser la residencia de las autoridades nacionales, debía ser del mismo color político que el Presidente de la Nación que lo designaba, el 30 de junio de 1996 los habitantes de la ciudad eligieron por primera vez a su Jefe de Gobierno.

Un nuevo diseño había quedado sellado el 14 de noviembre de 1993, cuando el entonces Presidente de la República Carlos Menem y el ex Presidente y principal líder de la oposición doctor Raúl Alfonsín suscribieron el Pacto de Olivos. Entre los puntos allí acordados para ser reformados en nuestra ley suprema, estaba incluida la elección directa del Intendente, como se designaba al titular del ejecutivo municipal.

De esta manera, con la reforma de la Constitución Nacional en 1994, se incorporó de manera expresa la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires; que su Jefe de Gobierno es elegido directamente por el pueblo de la Ciudad y que el Congreso de la Nación convoque a los habitantes para que mediante los representantes que eligieran a ese efecto, dictaran el Estatuto Organizativo de sus instituciones (cfr. artículo 129 CN).

En cumplimiento de la manda constitucional y de las leyes N° 24588¹ y 24620,² llamadas Cafiero y Snopek respectivamente, el Poder Ejecutivo, el 22 de enero de 1996, convocó a la primera elección de Jefe de Gobierno mediante el Decreto N° 50/96.

De forma directa, por lista completa y a simple pluralidad de sufragios, considerando a la capital como distrito único (cfr. artículo 3 de la Ley N° 24620), el binomio De la Rúa - Olivera³ de la Unión Cívica

1. Sancionada el 8 de noviembre de 1995 y promulgada el 27 de noviembre del mismo año. BO del 30/11/1995.

2. Sancionada el 21 de diciembre de 1995 y promulgada el 28 de diciembre del mismo año. BO del 04/01/1996. Esta impuso al Poder Ejecutivo Nacional como fecha límite para su convocatoria el 30 de junio de 1996 (cfr. art. 1).

3. El mandato del primer Jefe de Gobierno se extendió desde el 7 de agosto de 1996 al 10 de diciembre de 1999, en que asumió la Presidencia de la Nación, quedando el Vicejefe a cargo hasta completar el período.

Radical (UCR) resultó la fórmula ganadora. Con el 39,89% de los votos obtuvo el primer lugar, seguido por Norberto Luis La Porta, del Frente por un País Solidario (Frepasso), que alcanzó el 26,50% y Jorge Domínguez, del Partido Justicialista (PJ) –hasta entonces Intendente de la Capital– con el 18,62%.⁴

En dicha elección también se eligieron los sesenta convencionales constituyentes mediante el sistema de representación proporcional D'Hondt (cfr. artículo 3 de la Ley N° 24620 y el artículo 3 del Decreto N° 50/96).

La Asamblea comenzó su labor el 19 de julio de 1996, sesionando plenamente el 2 de agosto y cumplió con su cometido en el tiempo habilitado, logrando además que el texto en general se aprobara por unanimidad con la excepción de algunas reservas parciales del Partido Justicialista.

El esfuerzo por construir consensos fue la nota distintiva de la Convención, cuyo trabajo se dividió en doce comisiones. La de Poder Ejecutivo presidida por el convencional Hipólito Orlandi de la UCR no fue la excepción, sino que por el contrario, fue destacado por sus miembros el clima de cordialidad, integración y trabajo profundo en que habían desarrollado su labor.⁵

Finalmente, en la jornada del 1° de octubre de 1996, con profunda emoción y con los primeros rayos del sol anunciando el nacimiento de un nuevo día, tal como se lo escuchara describir a su Presidenta Graciela Fernández Meijide (Frepasso) en el edificio de la Biblioteca Nacional, se sancionaba la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La cuestión quedaba definida y el titular del Poder Ejecutivo dejaba así de ser un delegado del Presidente para transformarse en el Jefe de Gobierno.

El ordenamiento constitucional de la Ciudad de Buenos Aires en el capítulo primero del Título Cuarto establece que “el Poder Ejecutivo es ejercido por un Jefe o Jefa de Gobierno o Gobernador Gobernadora (artículo 95)”.

La denominación alternativa adoptada por el constituyente no puede dejar de ser considerada sino a la luz del confuso estatus jurídi-

4. Los porcentajes aquí referenciados se encuentran disponibles en: <https://www.eleccionesciudad.gob.ar/>

5. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2016, T. 2, p. 294.

co de la Ciudad de Buenos Aires a lo largo de nuestra vida institucional y del que dan cuenta inclusive acontecimientos anteriores a ella.

Sólo por mencionar algunos, es dable señalar la elección de febrero de 1864, en la que terminaron enfrentadas dos alas del partido liberal que gobernaba, por sus divergencias acerca del papel que le correspondía a la Ciudad en el ámbito nacional,⁶ o los producidos con anterioridad a la federalización de Buenos Aires y hasta la propia Ley N° 1029 de 1880, aprobada por el Congreso a instancias del Presidente Avellaneda, que significó el cambio del estatus jurídico de la Ciudad, transformándose de Capital de la Provincia de Buenos Aires a Capital de la República Argentina. Más cerca en el tiempo, en 1987, otra ley del Congreso, la Ley N° 23512⁷ –supeditada a la habilitación de la infraestructura adecuada para el desempeño de las autoridades–, dispuso el traslado de la Capital Federal a Viedma-Carmen de Patagones, previendo que una vez efectuado el traslado, la Ciudad de Buenos Aires con sus límites actuales constituyera “una nueva provincia”.

Por su parte, en la presentación del dictamen de la Comisión de Poder Ejecutivo ante la Asamblea, su Presidente expresaba que a partir de la sanción de la Constitución de la Ciudad, el Poder Ejecutivo “será la autoridad política administrativa de máximo rango dentro de su jurisdicción, siendo un agente natural del Estado Federal, al igual que los gobernadores de provincia, habrá otro gobernador más”.⁸

En el mismo sentido, la convencional Silvia Collin (UCR) sostenía que la Constitución de la Ciudad reconocía

... al jefe de Gobierno [...] el mismo estatus jurídico y político que el que las provincias reservan para el titular de su Poder Ejecutivo al que, según los casos, designan como “jefe superior de la provincia”, “primer mandatario legal de la provincia”, “jefe superior de la administración pública”, o “jefe de Estado”.

También resaltó que en el dictamen acordado el gobernador de la Ciudad posee potestades para administrarla y representarla legalmen-

6. Cantón, Darío y Jorrot, Jorge Raúl, *Elecciones en la Ciudad 1864-2003*, Buenos Aires, Instituto Histórico de la Ciudad de Buenos Aires, 2005, T. I (1864-1910), p. 103.

7. Sancionada el 27 de mayo de 1987 y promulgada el 8 de junio del mismo año. BO del 12/06/1987.

8. *Diario de Sesiones Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, op. cit., T. 2, p. 292.

te; establecer la estructura de su administración pública y designar a los funcionarios que la ocuparán; presentar proyectos legislativos y participar en su discusión y promulgar, publicar y ejecutar sus leyes.⁹

La alternativa planteada fue objeto de disidencias parciales que no fueron aceptadas

... en el entendimiento [conforme lo expresara el presidente de la Comisión] de que la Ciudad de Buenos Aires es una unidad constitutiva del Estado federal y las unidades constitutivas de este tipo le dan a su jefe de gobierno el nombre de gobernador. De ahí que la denominación sea indistinta.¹⁰

Entre ellas, encontramos que el convencional Enrique Rodríguez del Frente Nueva Dirigencia (FND), luego de calificar el dictamen acordado como brillante, observó la enunciación alternativa del nombre del titular del ejecutivo por ser confuso.¹¹

Del mismo modo se expresaron los convencionales del Partido Justicialista Víctor Santa María y Juan Manuel Arnedo Barreiro, quien sostuvo:

Cuando en 1880 nace la Ciudad de Buenos Aires como capital de la República Argentina en términos formales –puesto que en términos políticos lo venía siendo desde siempre; por ejemplo, Rosas fue gobernador pero detentó el emblema de la representación que convertía a Buenos Aires en capital al tener delegadas por las provincias la representación externa–, lo hace con un estatus jurídico complejo mezclándose atribuciones nacionales con municipales. Es el único municipio que nació delegando diputados y senadores nacionales al Congreso de la Nación. Hoy estamos tratando de llevar adelante una reforma institucional que de alguna manera delimite las funciones, atribuciones y competencias, entre el Estado nacional argentino y la Ciudad de Buenos Aires. El estatus jurídico de la Ciudad hasta ese momento era confuso, ya que tenía atribuciones de provincia, en algunos casos y de municipio, en otros. A veces las atribuciones eran superiores a las de un municipio y menores a las de una provincia. De lo que se trata, justamente, es de que el derecho refleje cuál es la realidad objetiva. Nuestra Constitución reconoce tres categorías: Nación, provincias y

9. *Ibidem*, p. 360.

10. *Ibidem*, p. 299.

11. *Ibidem*, p. 295.

municipios. No tenemos que ser muy avezados para darnos cuenta de que la Ciudad de Buenos Aires es una figura excepcional dentro de estas categorías. Ni por historia ni por conformación es una provincia, pero por dimensión –tanto poblacional como presupuestaria– y por ser la capital de la República es mucho más que un municipio. Largo tiempo hemos discutido cuál era el estatus jurídico de la Ciudad de Buenos Aires. Hemos concluido –por lo menos muchos de nosotros– en otorgarle un estatus que esté de acuerdo con lo que realmente es: una cuarta figura jurídica. Algunos dicen que es una Ciudad Autónoma, con lo que estamos de acuerdo. Pero queremos que no se inter venga en el nombre de la Ciudad, que lleva algunos siglos.

Aclara que dice ello porque en el artículo se utiliza el término “gobernador”, que “se vincula más con una provincia que con una figura como la que hoy estamos creando. En cambio, nos parece acertada la expresión ‘jefe de gobierno’, porque refleja esa diferencia que queremos dejar planteada en términos de derecho”.¹²

Ninguna de las disidencias parciales, sin embargo, resultó un obstáculo para arribar a los consensos necesarios que derivaron en la suscripción de un dictamen de comisión unánime.¹³

Además, más allá de su denominación o de su acierto o error, resulta más importante la evidente preocupación y el enfoque elegido por los convencionales para el diseño de una estructura jurídico-política que permitiera lograr “eficacia, representatividad y operatividad” del Gobierno local, teniendo en consideración los problemas de los ejecutivos modernos.

Para ello, conforme se reconociera expresamente, debían articular viejos y nuevos principios del Derecho Constitucional con el nuevo escenario, las necesidades y las peculiares realidades de la Ciudad. Y esa cuestión no era de mero debate teórico ni estaba circunscripta a los estudios de los sistemas políticos comparados. Muy por el contrario, se encontraba en la base misma del proceso constituyente, cobrando una interesante especificidad en el Poder Ejecutivo de cara a la naciente autonomía. La sabiduría de una Constitución, decía el convencional Orlandi:

12. *Ibidem*, pp. 298 y 299.

13. *Ibidem*, pp. 278 y 360.

... necesariamente reside en que los instrumentos con que se la dota sean los adecuados al momento histórico político y social que vive la comunidad política que se desea integrar en la juridicidad constitucional. Esto no significa que se dicte una Constitución para el minuto sino que, por el contrario, sabemos muy bien que las constituciones deben ser concebidas para los tiempos...¹⁴

Pero debe partir, ante todo, de la realidad del momento histórico que se trata.

Agregaba que

... [s]u plena realización depende en realidad de otras causas activas, de realizaciones concretas y de compromisos con políticas sustantivas, sin los cuales la república de entonces y la autonomía serían hoy una mera expresión de deseos, cuando en realidad son, como venimos diciendo, una causa que recién empieza a expresarse.¹⁵

Con la convicción de que la letra de las constituciones no crea poderes por sí misma, ni que las virtudes cívicas se engendran por su simple enunciado y que el poder político no es capaz de avanzar, dobligar y aun desfigurar cualquier sistema constitucional por la simple presencia en la Constitución, de muy precisas, detalladas y explícitas limitaciones, el constituyente afirmaba que “no existen modelos constitucionales perfectos”.¹⁶

Y continúa diciendo:

... los ámbitos de incumbencia del gobierno se encuentran en expansión creciente y las demandas de acción desde la sociedad se multiplican por la permanente aparición de nuevos problemas en donde la instancia gubernamental y dentro de ella, sobre todo la del Ejecutivo, no puede permanecer expectante en épocas en que el carácter del Ejecutivo ha excedido en los hechos y en el derecho su situación de simple ejecutor de la ley, acosado por demandas de ejecutividad y de eficacia ante los problemas concretos, esta situación genera el temor [...] de que la centralidad del ejecutivo desgaste sus principios de legitimidad en el futuro.¹⁷

14. *Ibíd.*, p. 280.

15. *Ibíd.*, p. 282.

16. *Ibíd.*, p. 284.

17. *Ibíd.*, p. 287.

Por lo que la Comisión ha tenido en mira “procurar morigerar el hiperpresidencialismo [...] propio de los regímenes latinoamericanos”.¹⁸

De su exposición surge que el reaseguro de la Ciudad para la limitación de su Poder Ejecutivo remite a un mayor control social del poder político y que la personalización del poder responde a la necesidad de imputar las responsabilidades políticas a entidades que sean capaces de asumirlas y responder por ellas.

“Poder político y gobierno responsable” fueron las palabras elegidas para sintetizar la búsqueda de su diseño institucional, concibiéndolo para enfrentar dos campos de acción complejos y problemáticos:

... [e]l primero, el frente externo, donde debe concretarse en forma gradual y trabajosa la pretendida autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, buscando su espacio y sus recursos para el desarrollo. [...] En segundo lugar, el frente interno, donde la autonomía redefine las orientaciones de la acción de gobierno y en donde se deberán reestructurar los organismos administrativos para dotarlos de la eficacia y de la nueva naturaleza de las demandas que la autonomía elige. Este Ejecutivo será sin duda, para los tiempos un fuerte productor y demandante de instrumentos legislativos que irán construyendo las bases de su nuevo estatus institucional.¹⁹

Al respecto, considero importante señalar que si bien la autonomía avanzó ostensiblemente desde su diseño arquitectónico hasta nuestros días, aún restan aspectos por perfeccionarse. Tal como lo presagiaron los convencionales, fueron los habitantes de la ciudad de Buenos Aires sus protagonistas, ya que no hay diseño institucional que perdure sin una cultura política que lo afiance y sin una ética que lo defienda y esto es propiedad de todos los vecinos.

El artículo 96 establece que

... el Jefe y Vicejefe de Gobierno son elegidos en forma directa y conjunta, por fórmula completa y mayoría absoluta. A tal efecto se toma a la Ciudad como distrito único. Si en la primera elección ninguna de las fórmulas obtuviera mayoría absoluta de los votos emitidos, con exclusión de los votos en blanco y nulos, se convoca al comicio defini-

18. Ídem.

19. *Ibidem*, p. 286.

tivo, del que participarán las dos fórmulas más votadas, que se realiza dentro de los treinta días de efectuada la primera votación.

La elección directa significa que el pueblo, en un solo distrito electoral, vota por el cargo de su preferencia para ocupar el Ejecutivo, sin intervenciones de terceros, llámense estos colegios o juntas electorales. Por ejemplo, basta recordar que antes de la reforma de 1994, bajo las normas de la Constitución Nacional de 1853, los ciudadanos elegían de manera indirecta al Presidente de la Nación, a través de electores reunidos en un colegio electoral especialmente convocado para ello.

Asimismo, adopta el sistema de mayoría con doble vuelta o *ballotage* que conforme lo caracteriza Sartori²⁰ “busca un vencedor indiscutible”. Y que ha logrado en diferentes experiencias generar una adecuada relación entre el Ejecutivo y el Legislativo.

Se observa que a partir de la década de los ochenta, con la recuperación democrática, muchos países de la región adoptaron este mecanismo de elección de los ejecutivos nacionales.

De origen francés y definido también como una técnica, el *ballotage* consiste en la necesidad impuesta a todo candidato a un cargo electivo de obtener en el escrutinio la mayoría absoluta de los sufragios válidos para hacerse acreedor al cargo en disputa. Para el caso en que ninguno de los contendientes hubiese alcanzado dicho porcentaje en la primera vuelta electoral, debe celebrarse una segunda votación entre los dos candidatos que hayan obtenido la mayor cantidad de sufragios.²¹

En síntesis, la Constitución local exige un fuerte respaldo de la ciudadanía ya que si ninguno de los candidatos a Jefe de Gobierno alcanzara más del 50% de los votos en la primera elección, deberán competir en una segunda elección final los dos candidatos que hubieran obtenido la mayor cantidad de votos en la primera. Como dice Sartori: “la elección del votante es canalizada y finalmente limitada a una alternativa”.²² Su objetivo es claro, dotar de mayor legitimidad al titular del ejecutivo, favoreciendo las condiciones de su gobernabilidad.

20. Sartori, Giovanni, *Ingeniería Constitucional Comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 17.

21. Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Diccionario Electoral*, Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral, Costa Rica, 1989, p. 59.

22. Sartori, Giovanni, *op. cit.*, p. 15.

El voto negativo anunciado por el convencional Raúl Castells (PJ) en torno a la adopción de este sistema, en tanto no conocía cómo funcionaba en la práctica, dio lugar a un momento hilarante de la Asamblea cuando el convencional Orlandi (UCR) recordara que, en el año 1973, el senador Fernando de la Rúa había ganado dicha elección al justicialismo en la segunda vuelta.²³

Es dable señalar que en los veinte años de elecciones en la Ciudad, nunca un candidato logró obtener el porcentaje requerido para ganar en la primera vuelta. La elección del Jefe de Gobierno en 1996 no puede ser considerada en tanto no estaba aún sancionada la Constitución local y la reglamentación aplicable a esos comicios no lo preveía.²⁴

Un caso singular se configuró en 2000²⁵ cuando Aníbal Ibarra –Alianza para el Trabajo, la Justicia y la Educación– ganó sin *ballotage* pese a haber obtenido el 49,31% de los votos. En esa oportunidad, Domingo Cavallo –Alianza Encuentro por la Ciudad–, que había salido segundo con el 33,20% de los sufragios, renunció a la segunda vuelta por considerar la diferencia entre ambos muy importante.

El 24 de agosto de 2003²⁶ se celebró la cuarta elección en la ciudad y Mauricio Macri obtuvo el 37,55% de los votos mientras que Ibarra, el 33,5%. Sin embargo, en la segunda vuelta, el 14 de septiembre, la fórmula Ibarra-Telerman alcanzó el primer lugar con el 53,48% de los sufragios, logrando así su reelección. En marzo de 2006, el Jefe de Gobierno fue separado de su cargo y completó el mandato el Vicejefe Jorge Telerman.

El 24 de junio de 2007²⁷ el actual Presidente de la Nación entonces candidato a Jefe de Gobierno se impuso a la fórmula Filmus-Heller con el 60,94% de los sufragios en la segunda vuelta.

El 31 de julio de 2011,²⁸ nuevamente Mauricio Macri –acompañado en esa oportunidad por María Eugenia Vidal como Vicejefa– resultó

23. *Diario de Sesiones Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996, op. cit.*, T. 2, p. 301.

24. La cláusula transitoria decimoquinta de la Constitución Nacional disponía que el Jefe de Gobierno debía ser elegido durante 1995.

25. Decreto N° 37/GCABA/00.

26. Decreto N° 180/GCABA/03.

27. Decreto N° 308/GCABA/2007.

28. Decreto N° 157/GCABA/2011.

ser el ganador del *ballotage* al obtener el 64,27% de los votos frente a la fórmula Filmus-Tomada, con el 35,73%.

Finalmente, en 2015²⁹ Horacio Rodríguez Larreta de Unión PRO ganó en la segunda vuelta con el 51,64% de los votos frente a Martín Lousteau (ECO),³⁰ que ascendió al 48,36%, del 25,47% que obtuvo en la primera elección.³¹ En esos comicios, se aplicó el régimen normativo de Elecciones Primarias, Abiertas, Simultáneas y Obligatorias y de boleta única y de tecnologías electrónicas –Ley N° 4894 GCBA, Decreto Reglamentario N° 376/GCBA/2014³² y Decreto N° 441/GCBA/2014 modif. por Decreto N° 513/GCBA/2014–.³³

En su parte orgánica, la Constitución local prevé que para ser elegido Jefe o Vicejefe de Gobierno se requiere:

... ser argentino, nativo o por opción; tener treinta años de edad cumplidos a la fecha de la elección; ser nativo de la Ciudad o poseer una residencia habitual y permanente en ella no inferior a los cinco años anteriores a la fecha de elección, y no encontrarse comprendido en alguna de las inhabilidades e incompatibilidades previstas para los legisladores (artículo 97).

Es evidente que la Constitución local no escapa al modelo nacional al prever las condiciones para el cargo ejecutivo, aunque con algunas diferencias. En este sentido, el profesor Humberto Quiroga Lavié ha expresado que

... [la] exigencia de ser argentino nativo o por opción es común a ambas Constituciones, pero importa destacar que habiendo respondido la segunda habilitación a la circunstancia de que durante los tiempos de Rosas muchos argentinos vivieron en el exilio y tuvieron fuera del país sus hijos, resulta claro que el Constituyente local ha considerado que una circunstancia equivalente se ha producido en tiempos recientes, con motivo del éxodo al cual se vieron obligados muchos argentinos, efecto directo de la persecución sufrida durante [...] la dictadura militar...³⁴

29. Decreto N° 530/GCABA/2014.

30. Energía Ciudadana Organizada (ECO).

31. Los porcentajes aquí referenciados se encuentran disponibles en: <https://www.eleccionesciudad.gob.ar/>

32. BO N° 4483 del 18/09/2014.

33. BO N° 4523 del 14/11/2014 y BO N° 4549 del 29/12/2014.

34. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comentada*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 273.

Respecto a la edad de 30 años exigida para ser candidato, como finalmente fue aprobada, al tratarse el dictamen de mayoría sufrió sin embargo observaciones por parte de algunos de los convencionales como Víctor Santa María, Alfredo Carella, Ángel Bruno, Inés Pérez Suárez, Roy Cortina y Raúl Castells, quienes propiciaban como único impedimento para ser candidato a Jefe de Gobierno el de la mayoría de edad.³⁵

En cuanto al tiempo exigido sobre la residencia, cabe destacar que es mayor en tres años al requerimiento para las tres categorías de cargos nacionales, presidente, diputados y senadores previstas en la Constitución Nacional y expresamente admitido como exigencia posible para el acceso a las funciones públicas del país en el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, que conforme el artículo 75 inciso 22 posee esa jerarquía.

Sobre este último requisito, en el expediente caratulado “Pérez, José Adrián s/acción declarativa de certeza”, la jueza del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, doctora Ana María Conde, por su voto sostuvo que la residencia alternada entre la Ciudad de Buenos Aires y otra dentro de la Provincia de Buenos Aires nunca podría ser computada a los efectos del artículo 97 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con fundamento en la “taxativa doble cualidad que esta norma exige a la residencia”, esto es “habitualidad y permanencia”, que no significa otra cosa que residencia en forma continua, inmediata, estable, en otras palabras, que se mantiene sin mutación en la Ciudad de Buenos Aires durante los cinco años anteriores a la elección. Es obvio que la exigencia de la norma no impide la residencia “accidental” fuera de la ciudad –la que se verifica, por ejemplo, en ocasión de turismo o vacación– pero el texto es contundente, la residencia habitual y permanente debe darse en la Ciudad de Buenos Aires.

El juez José Osvaldo Casás, por su voto, puntualizó que la exigencia constitucional de poseer residencia habitual y permanente en la Ciudad no inferior a cinco años debe ser anterior a la fecha de la elección. Que ello

... no entra en conflicto con los lineamientos que recepta el Código Civil para regular aspectos básicos relativos al domicilio de las personas.

35. *Diario de Sesiones Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996, op. cit.*, T. 2, pp. 301-303.

Porque si bien en el artículo 89 del citado plexo se identifica al *domicilio real* de las personas con el “lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios”, con lo cual es posible afirmar que la “residencia” no necesariamente debe ser única –ya que si el Código se refiere a una “residencia principal” para fijar allí el domicilio, en principio, se admiten residencias “no principales”–, lo cierto es que, en materia electoral, la idea pacíficamente aceptada de exigir –incluso a nivel constitucional, como es el caso de la Carta Magna local en el artículo 97– cierta antigüedad en la residencia en la jurisdicción al candidato al cargo electivo que no ha nacido en ella se ha vinculado a una pretensión de reforzar la identificación y compromiso de esa persona con sus electores, en tanto ello propende a que el candidato cuente con un conocimiento personal, directo, actual e inmediato de la historia, particularidades y problemáticas que caracterizan a cada distrito, aunque, desde luego, el cumplimiento de tal recaudo no garantice que el candidato posea *efectivamente* tales cualidades.

En un afín orden de ideas, el juez Carlos F. Balbín distinguió que

... los conceptos domicilio y residencia no son sinónimos. En efecto, se ha dicho que “el domicilio refleja el lugar en el que, se supone, reside una persona, y se acredita con el Documento de Identidad, el segundo [residencia] indica el lugar en el que efectivamente vive un individuo, independientemente del domicilio que figura en el documento del mismo. La residencia se acredita por cualquier medio de prueba (excepto por testigos, según lo dispone la ley de Partidos Políticos)”.

Esto en alusión a la Ley N° 23298, y concluye que el domicilio y la residencia no siempre coinciden.

Respecto a las inhabilidades para ser candidato a Jefe o Jefa de Gobierno, remite a las previstas para los legisladores en el artículo 72 del texto constitucional aquí comentado, a saber:

- quienes no reúnan las condiciones para ser electores;
- los inhabilitados para ocupar cargos públicos durante el tiempo de la inhabilitación;
- los condenados por delito mientras no hayan cumplido sus penas;
- los condenados por crímenes de guerra contra la paz o contra la humanidad;

- los militares o integrantes de fuerzas de seguridad, en actividad.

Asimismo, conforme surge del artículo 73, resulta incompatible para el cargo de Jefe o Jefa de Gobierno:

- el ejercicio de cualquier empleo o función pública nacional, provincial o municipal o de la Ciudad, con la salvedad de la investigación en organismos estatales y la docencia. La ley regula la excedencia en los cargos de carrera.
- ser propietario, directivo, gerente, patrocinante o desempeñar cualquier otra función rectora, de asesoramiento o el mandato de empresa que contrate con la Ciudad o sus entes autárquicos o descentralizados. Para la autoridad privada esta incompatibilidad dura hasta dos años después de cesado su mandato y su violación implica inhabilidad para desempeñar cualquier cargo público en la Ciudad por diez años.
- Ejercer la abogacía o la procuración contra la Ciudad, salvo en causa propia.

Sobre el particular y en consonancia con las previsiones del artículo 23 inciso 2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, de jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires sentó doctrina al expresar en la causa “Alianza PRO Propuesta Republicana sobre oficialización de candidatos”, Expte. N° 8096, sentencia del 2 de junio de 2011, que

... las restricciones para acceder y desempeñarse en el cargo de Jefe de Gobierno son las establecidas específicamente por la Carta Magna local para dicho cargo y aquellas otras que, por remisión expresa en el texto constitucional, se establecen para los legisladores (artículos 97 y 98 CCABA). (Voto del señor juez Osvaldo Casás).

Y que

... el esquema constitucional es claro y no deja dudas en torno a cuál ha sido el régimen de incompatibilidades consagrado para el Jefe de Gobierno. Las restricciones impuestas por el constituyente limita el universo de sujetos en quienes el electorado podrá depositar su representación. Al mismo tiempo, ellas impiden proscribir la participación

de quienes tengan derecho a ser elegidos por cumplir el resto de las exigencias previstas y no estar comprendidos por alguno de los impedimentos enunciados. Se trata de un sistema cerrado que no admite la posibilidad de agregar o modificar el elenco de las incompatibilidades. Resulta indisputable que el constituyente [...] consagró la condena por delitos como un impedimento para ser elegido Jefe de Gobierno (artículo 72 incs. 3 y 4). En cambio, las normas transcriptas [en alusión a los artículos 72 y 73 CCABA] no prevén una limitación ligada a la existencia de un procesamiento en el marco de una investigación penal. [...] porque las incompatibilidades no pueden ser extendidas por analogía ni por otros recursos hermenéuticos apropiados para resolver supuestos no previstos pero no para aquellos que fueron previstos como un *numerus clausus*... (Voto del juez Francisco Lozano).

En el mismo sentido, la jueza Ana María Conde señaló que

... [la] detallada forma de organizar el texto fundamental de la Ciudad, permite aseverar que no es posible integrar el sistema cerrado por institución, con normas provenientes de otros capítulos, secciones o títulos, en desmedro de la correcta lectura de la Constitución y de sus disposiciones.

Resulta de notorio interés la interpretación del Tribunal Superior de la Ciudad en torno a cuál ha sido el régimen de incompatibilidades previsto para el Jefe de Gobierno en la Constitución local, ya que la cuestión remite de manera directa al derecho constitucional de elegir y ser elegido. En efecto, una interpretación amplia sobre las limitaciones para ser candidato no sólo puede menoscabar a quienes pretendan serlo sino también a quienes, como electores, tenemos el derecho de optar por nuestras preferencias sin más requisitos que los establecidos expresamente por la Carta Magna de esta multicultural Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Artículo 98

El Jefe de Gobierno y el Vicejefe duran en sus funciones cuatro años y pueden ser reelectos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Si fueren reelectos o se sucedieren recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período. Tienen las mismas incompatibilidades e inmunidades que los Legisladores. Pueden ser removidos por juicio político o revocatoria popular. Mientras se desempeñan no pueden ocupar otro cargo público ni ejercer profesión alguna, excepto la docencia. Residen en la Ciudad de Buenos Aires.

Prestan juramento o compromiso de desempeñar fielmente su cargo y obrar de conformidad a lo prescripto por la Constitución Nacional y por esta Constitución, ante la Legislatura, reunida al efecto en sesión especial. Sus retribuciones son equivalentes a la del Presidente del Tribunal Superior de Justicia.

MANDATO DEL JEFE O JEFA DE GOBIERNO Y VICEJEFE O VICEJEFA DE GOBIERNO, DURACIÓN, REELECCIÓN, INCOMPATIBILIDADES, INMUNIDADES, REVOCATORIA Y ACEFALÍA¹

Por Elena I. Gómez

DURACIÓN Y REELECCIÓN

El constituyente de la Ciudad siguió en este aspecto el modelo establecido en la Constitución Nacional,² así pues, fijó la duración del mandato en cuatro años con posibilidad de reelección consecutiva por un solo período, y se deberá aguardar el intervalo de un período para poder volver a postularse a un tercer período.

1. Comentarios a los artículos 98 y 99 de la CCABA.

2. En este sentido, se ha expresado al comentar el artículo de referencia que “En todos estos puntos las modalidades adoptadas por el constituyente porteño se acercan notablemente a las contenidas para las mismas cuestiones en la Constitución Nacional (artículos 89 a 93)” (cfr. Sabsay, Daniel Alberto y Onaindia, José Miguel, *La Constitución de los Porteños*, Buenos Aires, Errepar, 1997, p. 204).

A fin de fijar las pautas de interpretación del mandato del entonces Jefe de Gobierno, se incorporó la Disposición Transitoria Decimoprimera, que establecía: “El mandato del Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en ejercicio al sancionarse esta Constitución, debe ser considerado como primer período a los efectos de la reelección”.

En este punto, es de destacar que en nuestro país sólo en las provincias de Mendoza y Santa Fe no se encuentra habilitada la posibilidad constitucional de que los gobernadores sean reelectos por un período consecutivo al de su mandato.³ Mientras que las constituciones de las demás provincias contemplan tal posibilidad, Buenos Aires (artículo 123), Catamarca (artículo 133), Chaco (artículo 133), Chubut (artículo 149), Córdoba (artículo 136), Corrientes (artículo 150), Entre Ríos (artículo 161), Formosa (artículo 132), Jujuy (artículo 127), La Pampa (artículo 74), La Rioja (artículo 120), Misiones (artículo 110), Neuquén (artículo 208), Río Negro (artículo 175), Salta (artículo 140), San Juan (artículo 175), San Luis (artículo 147), Santa Cruz (artículo 114), Santiago del Estero (artículo 152), Tierra del Fuego (artículo 126) y Tucumán (artículo 90).

INCOMPATIBILIDADES E INMUNIDADES

En lo que se refiere a las incompatibilidades e inmunidades los convencionales constituyentes de la Ciudad estimaron conveniente establecer que sean las mismas que para los que ostenten el cargo de legislador.

La inelegibilidad e incompatibilidad no son lo mismo. En efecto,

... [l]as primeras impiden ser elegido, las segundas no obstaculizan la elección, sólo impiden el desempeño del cargo si no se renuncia a la situación declarada incompatible. Las inelegibilidades, en fin,

3. La Constitución de la Provincia de Mendoza establece en su artículo 115 que “El Gobernador y el Vicegobernador no podrán ser reelegidos para el período siguiente al de su ejercicio. Tampoco podrá el Gobernador ser nombrado Vicegobernador, ni el Vicegobernador podrá ser nombrado Gobernador [...]”. En igual sentido, el artículo 64 de Constitución de la Provincia de Santa Fe señala que “El gobernador y vicegobernador duran cuatro años en el ejercicio de sus funciones, sin que evento alguno autorice prórroga de ese término, y no son elegibles para el mismo cargo o para el otro sino con intervalo, al menos, de un período”.

pertenecen al derecho electoral, mientras que las incompatibilidades pertenecen al derecho parlamentario.⁴

Así, la Constitución porteña establece solamente la compatibilidad del cargo de Jefe y Vicejefe de Gobierno con el ejercicio de la docencia. En este punto, en la Convención Constituyente, al tratar las incompatibilidades de los legisladores de la Ciudad, se señaló que con ello se pretendía “dejar abierta la posibilidad de que el legislador sí pueda ejercer la docencia en universidades distintas de las estatales” (convencional Argüello, J. M. A.).⁵

Por su parte, en cuanto a las inmunidades recordemos que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que dicho privilegio “no contempla a las personas, sino que es una garantía al libre ejercicio de la función legislativa para mantener la integridad de los poderes del Estado” (cfr. Fallos: 308:2091 y doctrina de Fallos: 169:76; 217:122; 248:462; 252:184).

En virtud de que las inmunidades parlamentarias son:

... garantías que se otorgan a un órgano de poder para su buen funcionamiento independiente dentro del organigrama del gobierno federal, y ello tanto si tales garantías cubren al “órgano-institución” como si protegen a los “órganos-individuo”, porque ambos casos tienden a resguardar al Congreso y a sus Cámaras que actúan a través de las personas que son sus miembros.⁶

En este sentido, recogiendo los precedentes del máximo Tribunal, la Convención destacó:

El texto en tratamiento introduce una innovación necesaria y saludable, que recoge tanto antecedentes históricos como acontecimientos recientes referidos a las inmunidades o privilegios parlamentarios. La innovación que estamos introduciendo deja fuera de futuras in-

4. Aragón, Manuel, “Derecho Electoral: Sufragio Activo y Pasivo”, en Nohlen, Dieter *et al.* (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, Ciudad de México, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos BIIDH, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral BIFE y Fondo de Cultura Económica, 2° edición, 2007, Cap. X, p. 193.

5. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2016, T. 3, p. 185.

6. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1993, T. II: El derecho constitucional del poder, p. 131.

terpretaciones el hecho de que la inmunidad de arresto no implica la de proceso, permitiendo de este modo someter a los legisladores a la jurisdicción de los jueces hasta la culminación de una sentencia definitiva, sea esta absolutoria o condenatoria, sin necesidad de previo desafuero (cfr. convencional Liliana Chiernajowski).⁷

Y se agregó que “este artículo que sometemos a votación contribuirá tanto a fortalecer las instituciones republicanas como a reconciliar estas instituciones con la opinión pública y los ciudadanos de nuestra ciudad”.⁸ A su vez, la convencional Bullrich destacó que

... es una medida inteligente, valiente e importante que la Ciudad pueda comenzar a sentar las bases de una nueva forma de interpretación que desde la propia redacción está clara y que, sin duda, en los próximos años se va a poder tomar como ejemplo.⁹

REVOCATORIA DE MANDATO

Por su parte, los constituyentes de la Ciudad incorporaron en el mismo artículo 98 uno de los novedosos –para su época– mecanismos de democracia directa, la revocatoria de mandato, que persigue la interrupción del mandato por parte de la ciudadanía del titular de un cargo de elección popular. Algunos países latinoamericanos como Bolivia, Ecuador y Venezuela la adoptaron para habilitar la destitución de todos los cargos nacionales, incluyendo el de Presidente. En cambio, en otros países como en el caso de Perú, lo hicieron para el ámbito regional y/o municipal, que ya ha realizado procesos de revocatoria de más de cinco mil autoridades.

Por ello, se ha sostenido que

... a diferencia de otros mecanismos de democracia directa (como referendos e iniciativas), la revocatoria cuestiona directamente a la autoridad. Por ello es necesario distinguir, en el campo de la participación política ciudadana, dos tipos de fenómenos: la elección y la revocatoria. [...]. En una se compete por el poder, en la otra se cuestio-

7. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996, op. cit.*, T. 3, p. 195.

8. *Ibidem*, T. 3, p. 196.

9. *Ibidem*, T. 3, p. 199.

na el poder. El hecho de que la forma en que se materializa la voluntad popular, el voto, sea la misma, no implica que el tipo de decisión sea de la misma naturaleza. La elección es una técnica para buscar la representación, la revocatoria es la representación cuestionada. En la elección se busca un mandato por un período, en una revocatoria se trata de interrumpir ese período del mandato. La elección tiene también una función de control, en la medida en que el elector tiene la oportunidad de premiar o castigar a una autoridad electa que se presenta a una reelección. Pero, para que esto suceda, tiene que concluir el mandato. De esta manera, el período no se interrumpe y el mecanismo de control funciona.¹⁰

La figura de la revocatoria de mandato no fue recepcionada en la Constitución Nacional, sin embargo, el Constituyente de la Ciudad, al igual que ocurrió mucho antes en algunas constituciones provinciales,¹¹ la incorporó denominándola *revocatoria popular*. En este sentido, en el seno de la Constituyente se enfatizó su recepción al señalar la convencional Collin que

Muchas han sido en los últimos años las críticas que se han hecho a las instituciones políticas por su incapacidad o inoperancia para sancionar conductas o decisiones sospechosas de sus miembros. Al respecto, en algunos casos la relación numérica de fuerzas o las mayorías coyunturales han impedido la puesta en marcha de los mecanismos tradicionales previstos por nuestra Constitución y las normas vigentes. De todas formas, hasta la actualidad no existe una instancia ante la que el ciudadano pueda expresar el retiro de su confianza en un funcionario electo sin tener que esperar al siguiente acto comicial. [...] Hoy queremos mejorar nuestras instituciones [...]. Más allá de su reconocimiento a nivel normativo, sabemos que es un instituto bastante inusual en nuestro país. Pero por inusual no es menos apto para dar solución a determinadas situaciones. Es por eso que en el despacho consideramos que el instituto que consideramos debe estar previsto

10. Tuesta Soldevilla, Fernando, “Perú: entre la participación y la gobernabilidad local (1997-2013)”, publicado en *La dosis hace el veneno. Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza*, Welp, Yanina y Serdült, Uwe (coords.), Quito, Ecuador, Instituto de la Democracia, Consejo Nacional Electoral, 2014, p. 8.

11. A nivel provincial el mecanismo de revocatoria de mandato se admite en las constituciones de Chaco, Entre Ríos, La Rioja, Neuquén, Santiago del Estero y Tierra del Fuego. En el caso de las provincias de Chubut, Córdoba, Corrientes, Misiones, Río Negro, San Juan y San Luis, sólo para los cargos municipales.

para todos los cargos electivos que haya en la Ciudad de Buenos Aires, sean estos centralizados o no.¹²

Agregando:

Los mecanismos que estamos estableciendo son simplemente una herramienta más para construir una sociedad y una Ciudad en las cuales la transparencia, la equidad y la participación sean valores que estén a disposición de toda la ciudadanía.¹³

Por su parte, el convencional Martínez se refirió al alcance de la figura en el ámbito de la Ciudad, y señaló:

Para revocar el mandato de un funcionario electo se establece una secuencia obligatoria a partir de una iniciativa de una proporción importante del electorado, ya que se exige la firma del 20% de los inscriptos en el padrón electoral. La secuencia que se fija es bastante simple. Por supuesto que el tema tiene que ser de suficiente gravedad como para convocar al 20% del electorado de la ciudad o de la comuna respectiva. A partir de ese momento se establece una secuencia expeditiva, convocándose a un referéndum de revocación que, automáticamente, determina la destitución del funcionario si existieran causales para ello.

Además, se establecen dos limitaciones que me parecen obvias: no se prevé un pedido de revocatoria para un funcionario que no haya cumplido un año de mandato ni para uno al que le resten menos de seis meses para concluirlo.¹⁴

Con relación al porcentaje de votos exigido para la revocatoria, el convencional Martínez propuso la siguiente redacción: “Es de participación obligatoria y de efecto vinculante si los votos favorables a la revocación superan el cincuenta por ciento de los votos emitidos”.¹⁵

Al respecto, el convencional Castells ratificó la postura de la redacción expresando:

... si exigimos un 20 por ciento para poner en marcha el proceso de revocación, me parece que lo menos que podemos exigir, para que sea

12. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996, op. cit.*, T. 1, pp. 953 y 954.

13. *Ibíd.*, T. 1, p. 955.

14. *Ibíd.*, T. 1, pp. 948 y 949.

15. *Ibíd.*, T. 1, p. 971.

exitoso, es el 50 por ciento más uno de los inscriptos en el padrón. Este es el fundamento que luego de una discusión muy rica llevó a la Comisión de Redacción a buscar esta fórmula.¹⁶

En virtud de que la Comisión no aceptó ninguna modificación se procedió a votar y se aprobó la redacción originaria del mismo.¹⁷

Sin perjuicio de ello, este mecanismo aún no ha sido utilizado en la Ciudad de Buenos Aires.

JURAMENTO Y RETRIBUCIÓN ECONÓMICA

Una de las novedades incorporadas por los constituyentes de la Ciudad fue la modalidad del juramento, “el que ha sido despojado de toda connotación religiosa de carácter obligatorio y que de alguna manera subsiste en el artículo 93 de la ley fundamental de la Nación”,¹⁸ que incluye la palabra “compromiso”, solicitud efectuada en el seno de la Convención por el convencional Brailovsky,¹⁹ sin perjuicio de que, como lo señalaran los convencionales, en el despacho referente al Poder Legislativo ya se había incluido el término “compromiso”.

Respecto a la retribución económica, el convencional Macris realizó una propuesta, que no fue aceptada, de que se incorporase que

Durante su mandato no podrán ejercer otro empleo, ni recibir otro emolumento de ninguna índole y por ninguna circunstancia ni disponer de fondos en concepto de gastos reservados. Los gastos de ceremonial y protocolo serán fijados en el presupuesto anual de gastos y recursos con cargo de rendición de cuentas.²⁰

Ello en virtud de que, conforme sus palabras:

... en la época política por la que estamos atravesando bien vale la pena poner algún freno a la posibilidad de que se malversen los dineros pú-

16. *Ibíd.*, T. 1, p. 972.

17. *Ibíd.*, T. 1, p. 973.

18. Sabsay, Daniel Alberto y Onaindia, José Miguel, *La Constitución de los porteños*, *op. cit.*, p. 204.

19. Cfr. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, *op. cit.*, T. 2, p. 304.

20. *Ibíd.*, T. 2, p. 305.

blicos y se obvie el conocimiento que el pueblo debe tener de su utilización, con lo cual también se trate de evitar la corrupción.²¹

Artículo 99

En caso de ausencia, imposibilidad temporaria o permanente, muerte, renuncia o destitución del Jefe de Gobierno, el Poder Ejecutivo será ejercido por el Vicejefe de Gobierno. Una ley especial reglamentará la acefalía del Poder Ejecutivo en caso de vacancia de ambos cargos.

El Vicegobernador ejerce las atribuciones que le delegue el Jefe de Gobierno, preside la Legislatura, la representa y conduce sus sesiones, tiene iniciativa legislativa y sólo vota en caso de empate. Corresponde al Vicepresidente Primero de la Legislatura tener a su cargo la administración y coordinación del cuerpo.

ACEFALÍA

La Constitución de la Ciudad establece que en caso de ausencia, imposibilidad temporaria o permanente, muerte, renuncia o destitución del Jefe de Gobierno, el Poder Ejecutivo será ejercido por el Vicejefe de Gobierno, pero en caso de vacancia de ambos cargos una ley especial reglamentará la acefalía del Poder Ejecutivo. En este caso, los constituyentes no establecieron expresamente un régimen de acefalía ni previeron una mayoría agravada para el dictado de una ley de tal envergadura.

Así pues, la Ley N° 305 sancionada el 2 de diciembre de 1999²² establece que el Poder Ejecutivo de la Ciudad será desempeñado por el Vicepresidente Primero de la Legislatura y así sucesivamente en caso de ausencia o imposibilidad temporaria y simultánea del Jefe o Jefa y del Vicejefe o Vicejefa de Gobierno (cfr. artículo 1). Pasados los 120 días desde que se produce la acefalía, la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires se deberá reunir en sesión especial, dentro de las 24 horas, para determinar si la vacancia es permanente, en cuyo caso, elige de entre sus miembros a la persona que pasa a ejercer la Jefatura del Gobierno con carácter transitorio (cfr. artículo 2).

21. *Ibidem*, T. 2, pp. 306 y 307.

22. Publicación: BOCBA N° 849 del 30/12/1999.

Esta designación recaerá en un legislador que reúna los requisitos para ser Jefe de Gobierno y deberá convocar a elecciones para cubrir el cargo en las próximas elecciones legislativas por la duración del mandato para el Jefe de Gobierno (cfr. artículo 3).

Mientras que en caso de muerte, renuncia o destitución del Jefe o la Jefa y del Vicejefe o la Vicejefa de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, el Poder Ejecutivo es desempeñado transitoriamente por el Vicepresidente o la Vicepresidenta 1° de la Legislatura o quien lo o la suceda hasta tanto la Legislatura elija de entre sus miembros a la persona que ejercerá el cargo conforme lo estipulado en los artículos 2 y 3. El legislador o legisladora que se designe deberá reunir los requisitos constitucionales enunciados en el artículo 97 de la Constitución de la Ciudad (cfr. artículo 4). El artículo 5 señala al respecto que “El/la legislador/a designado/a para ejercer la Jefatura de Gobierno debe prestar juramento o compromiso de desempeñar fielmente su cargo acorde a lo establecido en el artículo 98 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires”.

Finalmente, se agrega que en los casos previstos en la ley, el ejercicio del Poder Ejecutivo es interino y no se considera mandato a los fines de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 98 de la Constitución de la Ciudad, y durante dicho desempeño goza de licencia en su mandato en la Legislatura (cfr. artículo 6).

EL VICEJEFE DE GOBIERNO

La segunda parte del artículo 99 hace referencia a las atribuciones en el desempeño del cargo del Vicejefe de Gobierno. Al respecto, se ha sostenido que “Esta posibilidad que le brinda el [...] texto, ubica al Vicejefe de Gobierno, aunque de manera tímida, dentro de la moderna tendencia del Derecho Público provincial en lo que hace al alcance de su competencia”.²³

Sobre el particular, en el seno de la Convención, el convencional Rodríguez señaló:

Por primera vez se plantea con rango constitucional una figura que debería ser un esquema reglamentario. Pero hay una contradicción:

23. Sabsay, Daniel Alberto y Onaindia, José Miguel, *La Constitución de los porteños*, op. cit., p. 206.

estamos cortando facultades a alguien que elegimos en blanco. En todo caso, si ese era el deseo, tendríamos que haber dejado pasar un período para aplicar esta cláusula, como sabiamente se hace en los Estados Unidos cuando se discuten las enmiendas, toda vez que estaríamos limitando a la persona ya elegida con una condición que no conocía y que no constituye una propuesta o plataforma de los partidos políticos.²⁴

En igual sentido, el convencional Argüello ha destacado que el artículo sería una “suerte de amputación que dicho texto estaría haciendo ahora y para siempre de las facultades del Vicejefe de Gobierno o del Vicegobernador de la Ciudad de Buenos Aires para presidir acabadamente su Legislatura”, por esa circunstancia propuso una nueva redacción: “El Vicejefe de Gobierno preside la Legislatura. La representa y conduce sus sesiones. Tiene iniciativa legislativa y sólo vota en caso de empate”.²⁵

Por su parte, el convencional Zaffaroni respondió:

... el artículo en discusión resuelve un problema de carácter institucional que no es menor. [...] El sistema que adoptamos para el Poder Ejecutivo dentro del proyecto que estamos votando es un sistema ejecutivista. No conoce elementos de parlamentarismo muy profundo, si bien tiene algunas atenuaciones al ejecutivismo; pero no admite las figuras de primer ministro, ministro coordinador o jefe de gabinete. La que se prevé es una figura muy pálida, que sólo se establece a propuesta del Poder Ejecutivo y en un supuesto de emergencia institucional. En el texto del dictamen que ha pasado por la Comisión de Redacción se propone un Poder Legislativo unicameral.

Por cierto, en los sistemas bicamerales provinciales, al igual que en el Senado de la Nación, la Presidencia corresponde al Vicegobernador o al Vicepresidente de la Nación, respectivamente. En el caso del Senado de la Nación es el Vicepresidente de la República el que preside la Cámara en la que están representadas las provincias. Si esa Presidencia recayera en algún senador, ello significaría que alguna de las provincias que deben estar representadas igualitariamente dentro de esa Cámara, pues esa es la esencia del Senado tal cual lo hemos heredado de los Estados Unidos, tendría preeminencia sobre el resto. [...]

24. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, op. cit., T. 2, p. 296.

25. *Ibidem*, T. 2, p. 309.

En nuestro caso, con un sistema ejecutivista y con un Parlamento unicameral, a nadie se le escapa la importancia que tiene la conducción administrativa de la Legislatura. [...] Por tales razones creo que este dispositivo no tiene nada de ridículo ni de coyuntural. No estamos discutiendo poder a ninguna persona en particular. Estamos tratando de dar una solución original dentro de nuestro Derecho Público provincial a una dificultad que se plantea cuando, en un sistema unicameral en el que se conservan las características de ejecutivismo, el Vicegobernador es Presidente de la Legislatura”.²⁶

26. *Ibíd.*, T. 2, pp. 310 y 311.

Capítulo Segundo Gabinete

EL GABINETE DE MINISTROS Y SU RESPONSABILIDAD

Por María de las Nieves Macchiavelli

Artículo 100

El Gabinete del Gobernador está compuesto por los Ministerios que se establezcan por una ley especial, a iniciativa del Poder Ejecutivo, que fija su número y competencias. Los Ministros o Ministras y demás funcionarios del Poder Ejecutivo son nombrados y removidos por el Jefe de Gobierno.

Los constituyentes locales no han dedicado un extenso apartado para establecer las competencias, funciones y características del gabinete que coadyuva en las funciones del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por el contrario, sus disposiciones quedan libradas a lo que al respecto establezca el Poder Legislativo, a instancia del Poder Ejecutivo.

Por ello, un adecuado análisis del artículo en cuestión nos induce a interrogarnos, al menos, dos cuestiones:

a) ¿A quién le corresponde establecer las competencias de los ministros del Poder Ejecutivo, a su titular o a la Legislatura?

b) ¿Quiénes integran el gabinete de Ministros? ¿Existe un Jefe de Gabinete?

DEFINICIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE LOS MINISTROS. LA INJERENCIA DE LA LEGISLATURA

De una primera lectura del artículo 100 CCABA, se deduce fácilmente que los ministros del Poder Ejecutivo son dispuestos por medio de una ley que determina su cantidad y su competencia, cuya redacción es propuesta por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, dicho artículo debe ser analizado en forma complementaria con lo previsto en los artículos 102 y 104 inciso 9 CCABA.

En efecto, de la lectura de dichos artículos se desprende, en primer lugar, que el Jefe de Gobierno es quien tiene a su cargo la administración de la Ciudad y la planificación general de la gestión, y que es él quien “Establece la estructura y organización funcional de los organismos de su dependencia. Nombra a los funcionarios y agentes de la administración y ejerce la supervisión de su gestión”.

De esta manera, por un lado la Legislatura determina a través de una ley el número y competencias de los ministros, a propuesta del Ejecutivo, no obstante, es a dicho órgano a quien le compete establecer la estructura orgánico-funcional de la administración que le depende, lo que incluye, evidentemente, también a los ministerios.

Expuesto ello, y con relación al modo en que se correlacionan las atribuciones de ambos poderes estatales, es posible sistematizar tal cuestión de la siguiente manera:

1. Corresponde al Poder Legislativo “poner en funciones” a las autoridades locales (cfr. artículo 80 inciso 1 CCABA); sus funciones no pueden ser delegadas (cfr. artículo 84 CCABA) y, concretamente, es a la Legislatura a quien le corresponde establecer por medio de una ley las competencias, funciones y deberes de los

ministros del Ejecutivo. Frente a ello, el Poder Ejecutivo sólo tiene la potestad de promover un proyecto al respecto para que sea considerado por la Legislatura y, en última instancia, la posibilidad de vetar la ley en caso de que la misma no coincida con el esquema general de gobierno diseñado al efecto.¹

De esta manera, el Poder Legislativo sienta reglas para el ejercicio de las competencias de los otros poderes, incluyendo el gabinete del Poder Ejecutivo, mientras este último tiene la potestad de establecer la estructura y organización funcional de sus dependencias. Por tanto, ha sido una decisión de los constituyentes preservar bajo la voluntad general expresada por la Legislatura, la determinación de las funciones y atribuciones de los principales órganos y entes de la Administración, con miras a dotar de mayor seguridad jurídica a los ciudadanos y establecer claramente los límites a las potestades estatales.

2. La potestad de la Legislatura para establecer las competencias de los ministerios y las entidades de la Ciudad no obsta la potestad del Ejecutivo de crear, modificar y/o adecuar dependencias inferiores a ellos,² siendo que por aplicación de lo previsto en el artículo 104 inciso 9, el Poder Ejecutivo es el órgano, en principio, con competencia para crear y asignarle funciones a los órganos que funcionan por debajo de los ministerios, lo que incluye a las Subsecretarías y las Direcciones Generales que se encuentran bajo la órbita de aquellas.³

Tal es así que la Ley de Ministerios establece en su artículo 7, que

Cada Ministerio puede proponer a la Jefatura de Gabinete de Ministros para su posterior elevación al Jefe de Gobierno la creación de las Unidades Organizativas que estime necesarias, de conformidad con las exigencias de las respectivas áreas de su competencia. La creación y funciones específicas de dichos organismos son determinadas por Decreto.

1. Cfr. TSJ, “Asociación de Psicólogos del GCBA c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. N° 5942/08, del voto en minoría del Dr. Lozano.

2. Cfr. TSJ, “Piñero, Alicia Nilda c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. N° 9743/13.

3. *Ibíd.*, considerando 7 del voto en mayoría del Dr. Lozano.

Quedará en el análisis de cada caso si la reglamentación y los decretos que dispongan la estructura organizacional de dichos ministerios –los que establecen las competencias de sus órganos inferiores–, se adecuan a las funciones que la Legislatura consideró apropiadas para cada área de gobierno.

No obstante ello, la injerencia de la Legislatura en las potestades y atribuciones de los ministros del Ejecutivo no se reduce únicamente a establecer los límites de su actuación, sino que avanza mucho más, en tanto:

a) tiene la potestad de citar a cualquier Ministro a que brinde explicaciones ante la Legislatura (cfr. artículo 83 inciso 1);

b) puede remover al Ministro a través de un juicio político, fundado en la causal de mal desempeño o comisión de delito en ejercicio de sus funciones o comisión de delitos comunes (cfr. artículo 92) y;

c) determina la asignación de los gastos de cada Ministerio, a través de la aprobación del presupuesto anual (cfr. artículo 80 inciso 12).

De esta manera, se advierte que las potestades conferidas a la Legislatura se enmarcan en una vigorosa estructura de control de frenos y contrapesos, que alcanza incluso la instauración misma de la organización de la Administración Pública, la cual, recordemos, constituye el principal nexo de las autoridades con los ciudadanos.

EL GABINETE DEL PODER EJECUTIVO

Conforme lo establece el artículo en cuestión, el gabinete del Ejecutivo estará integrado, como vimos, por la cantidad de ministros que la ley determine al efecto. La segmentación de las carteras o áreas de gobierno por materia responde a la apreciación, en un momento determinado, de la necesidad de abordar una problemática o política de desarrollo con un distinto grado de importancia, lo que hace necesario dotar dicha área de la estructura acorde para que logre su objetivo.

Ahora bien, más allá de la determinación de los titulares de cada Ministerio, cabe señalar una diferencia notable del artículo en análisis con el texto nacional. En efecto, el gabinete del Jefe de Gobierno no

incluye, al menos expresamente, un Jefe de Gabinete como lo establece el artículo 100 de la Constitución Nacional.

Dicha figura, cabe recordar, fue introducida por los constituyentes de 1994 como un modo de atemperar el modelo presidencialista instaurado en la forma de gobierno argentina, para lo cual se optó por desconcentrar funciones tradicionalmente asignadas al titular del Poder Ejecutivo, en un ministro que, si bien es designado por el Presidente, está sujeto a una moción de censura por parte del Congreso de la Nación, lo cual podrá determinar, eventualmente, su remoción por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras (cfr. artículo 101 CN).

El Jefe de Gabinete de ministros a quien se le ha asignado una jerarquía constitucional idéntica a la de cualquier otro titular de Ministerio, tiene a su cargo, en la Nación, la conducción de la Administración Pública y fundamentalmente, la recaudación de la renta pública, además del deber de someter a consideración de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso los decretos de necesidad y urgencia y la obligación de presentarse una vez por mes ante el Poder Legislativo para dar explicaciones sobre la marcha del gobierno.

Tales obligaciones/atribuciones en el ámbito local se encuentran, por el contrario, concentradas en el Jefe de Gobierno, quien tiene a su cargo la conducción de la Administración y la recaudación de los impuestos, tasas y contribuciones y de los restantes recursos que integran el tesoro de la Ciudad (cfr. artículos 102 y 104 inciso 25). Por otro lado, el artículo 103 CCABA, en el marco de las atribuciones del Jefe de Gobierno, dispone que los decretos de necesidad y urgencia “son remitidos a la Legislatura para su ratificación dentro de los diez días corridos de su dictado, bajo pena de nulidad”. Por otra parte, el artículo 105 inciso 3 CCABA establece la obligación del Jefe de Gobierno de rendir cuentas ante la Legislatura, sin perjuicio de la atribución de la misma de solicitar la presencia de los ministros del Ejecutivo para brindar explicaciones (cfr. artículo 83).

No obstante ello, el inciso 4 del artículo 104 de la CCABA prevé que el Jefe de Gobierno “Puede nombrar un Ministro Coordinador, el que coordina y supervisa las actividades de los ministros y preside sus acuerdos y sesiones del Gabinete en ausencia del Jefe de Gobierno”.

Tal disposición se asemeja a la figura del Jefe de Gabinete, cuya misión es acotada a la coordinación y supervisión de las tareas de los ministros, presidiendo sus acuerdos en ausencia del Jefe de Gobierno.

Dado el carácter facultativo de su existencia, ello nos induce a interrogarnos si el mismo, de ser incluido, puede únicamente ser removido por el Poder Ejecutivo local, sin que su figura deba o tenga que ser contemplada en la Ley de Ministerios y, por lo tanto, sin que el Legislativo disponga de sus funciones ni pueda ser objeto de remoción a través de un juicio político.

A ese respecto, resulta plausible concluir que de incluirse —a propuesta del Poder Ejecutivo— la figura del Ministro Coordinador o Jefe de Gabinete en la Ley de Ministerios, el mismo estaría equiparado con los restantes ministros y, por tanto, sujeto a idéntico régimen.

Tal es así que aun la vigente Ley de Ministerios N° 5460 refiere a dicho funcionario y le impone, inclusive, la obligación de concurrir dos veces al año a la Legislatura para dar explicaciones.⁴

Artículo 101

Cada Ministro tiene a su cargo el despacho de los asuntos de su competencia y refrenda y legaliza los actos del Jefe de Gobierno con su firma, sin lo cual carecen de validez. Los Ministros son responsables de los actos que legalizan y solidariamente de los que acuerdan con sus pares. Rigen respecto de los Ministros los requisitos e incompatibilidades de los Legisladores, salvo el mínimo de residencia.

Los Ministros no pueden tomar por sí solos resoluciones, excepto las concernientes al régimen económico y administrativo de sus respectivos Ministerios y a las funciones que expresamente les delegue el Gobernador.

A los fines de abordar un adecuado análisis del artículo en cuestión, entiendo pertinente dividir el mismo en dos tópicos: por un lado la responsabilidad que les cabe a los ministros en el ejercicio de sus funciones y por el otro, el régimen funcional al que se encuentran sujetos. Veamos.

4. Cfr. artículo 34: “El Ministro Coordinador o Jefe de Gabinete de Ministros debe concurrir a la Legislatura dos (2) veces por año, en junio y noviembre, para informar sobre la marcha del Plan General del Gobierno”. Sin perjuicio de ello, entendemos que a diferencia de lo que ocurre en la Nación, la instauración de dicho funcionario en el Gabinete es una decisión que le concierne en forma privativa al titular del Poder Ejecutivo, sin que la Legislatura pueda obligar a su incorporación.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS MINISTROS DEL PODER EJECUTIVO

El artículo en análisis dispone al menos tres tipos de responsabilidades a cargo de los titulares de los Ministerios, determinadas por los tipos de actos que estos dictan:

En primer lugar, una responsabilidad primaria y absoluta respecto de los actos dictados en el marco de las competencias específicamente atribuidas por ley sobre el Ministerio que encabezan.

En segundo lugar, una co-responsabilidad sobre aquellos actos que, si bien emanan del Jefe de Gobierno, refieren a materias que recaen sobre sus competencias, debiendo suscribir efectivamente dichos actos en forma conjunta con el titular del Poder Ejecutivo, y una responsabilidad solidaria, como señala la Constitución, respecto de los actos de los demás ministros del Ejecutivo. Aun cuando la responsabilidad de los ministros y su actuación sea individual⁵ y limitada al ámbito de su competencia, esta disposición constitucional tiende a asegurar la actuación coordinada del gabinete del Poder Ejecutivo, en tanto su interrelación permanente y conjunta resulta esencial para resguardar la adecuada y coherente marcha del gobierno.

No obstante lo expuesto, encuentro oportuno señalar que el texto de la Constitución parece por un lado tener la intención de depositar la absoluta responsabilidad sobre las decisiones en los ministros que conducen las carteras de gobierno, de forma tal de descomprimir de esa manera la responsabilidad del Jefe de Gobierno. Sin embargo, seguidamente el texto indica que las decisiones que tales funcionarios pueden adoptar son, únicamente, respecto del régimen económico y administrativo de sus respectivos ministerios y aquellas que expresamente sean delegadas por el Jefe de Gobierno, de forma tal de ratificar la dirección última y conducción de la Administración en cabeza del único titular del Ejecutivo.

De esta manera, cabe entender que si bien las decisiones finales respecto de la conducción de la Administración son adoptadas por el

5. Al respecto, la vigente Ley de Ministerios N° 5460, indica en su art. 1 que la asistencia de cada Ministro será *individual* en principio, sujeta a las materias que la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y esa ley determinan como de sus respectivas competencias y, excepcionalmente, en *conjunto* en los casos allí establecidos o autorizados.

Jefe de Gobierno, la responsabilidad sobre dicha marcha deviene, de alguna manera, compartida.⁶

Ahora bien, una vez determinadas las causas que pueden originar la responsabilidad de los ministros (sus propios actos, los actos que suscriben en forma conjunta con el Jefe de Gobierno y los actos de los demás ministros), corresponde interrogarnos acerca de qué tipo de responsabilidad alcanza a los ministros frente a tales actos.

En este sentido es posible distinguir:

a) Responsabilidad Disciplinaria. Tal como señalaremos en el acápite subsiguiente, los ministros no están sujetos al régimen de los empleados públicos y por tanto, no están sujetos a sumario administrativo. De esta manera, no corresponde referirse a una responsabilidad de tipo disciplinaria sobre los Ministros desde que no existe, *a priori*, un texto normativo que prevea las causales para irrogar tal responsabilidad.

Sin perjuicio de lo cual, ello no obsta a reconocer que rige respecto de los ministros el principio de jerarquía, inherente a toda organización administrativa. De esta manera, y como consecuencia de este principio, resulta evidente que si la Constitución previó la facultad de remoción que detenta el Jefe de Gobierno respecto de su gabinete –la que como vimos, se desprende expresamente del artículo 100 CCABA–, no podría al menos negarse la potestad del Jefe de Gobierno de efectuar llamados de atención sobre la conducta de sus ministros.

Aun así, toda vez que no existe norma alguna que prevea las sanciones a las cuales podrían estar sometidos los ministros, no puede hablarse de una responsabilidad estrictamente de tipo disciplinaria o de sanciones disciplinarias sin afectar con ello la legalidad, el debido proceso y el derecho de defensa de los funcionarios.

6. Esta corresponsabilidad ha sido señalada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, al indicar que “La CCABA también ha fijado un límite a la potestad reglamentaria del Jefe de Gobierno al subordinar la validez del acto a la refrenda y legalización del ministro del área (artículo 101 de la CCABA), lo que implica una suerte de agregación de co-responsabilidad funcional”. Ver TSJ en los autos “Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. N° 4911/06, del 18 de abril de 2007, reiterado en el Expte. N° 5534/07 “Biscardi, Mario R. y otros c/CASSABA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”.

b) Responsabilidad Política. Conforme se desprende del artículo 92 y ss. CCABA, la Legislatura de la Ciudad tiene facultades para destituir por juicio político a, entre otros, los ministros del Poder Ejecutivo y a los demás funcionarios que la Constitución establece.

Entre las causales que el constituyente dispuso como generadoras del procesamiento político, se encuentra la causal genérica del mal desempeño, la comisión de delito en el ejercicio de sus funciones y la comisión de delitos comunes.⁷

De esta manera, al igual que para las demás autoridades sujetas al enjuiciamiento político, las únicas consecuencias que tiene el procesamiento político para los ministros son la remoción y, eventualmente, la inhabilitación para ejercer cargos públicos en la Ciudad, hasta por 10 años (cfr. artículo 94 CCABA).

No obstante ello, la jurisprudencia del máximo Tribunal local ha dejado entrever diferencias esenciales en el juzgamiento político de los funcionarios del Poder Ejecutivo respecto de los magistrados que integran el Poder Judicial, a los que también se refiere el artículo 92 CCABA. Al respecto, ha indicado que el primero de estos procesos constituye netamente un juzgamiento de carácter “político”, lo que podemos denominar un acto de “gobernanza”.⁸

De esta manera, lo determinante para evaluar la responsabilidad de los funcionarios del Ejecutivo, entre ellos, los ministros, vendría dado por su apartamiento en el ejercicio de sus funciones, de la con-

7. El Tribunal Superior de Justicia local indicó que la esencia “política” de este tipo de procesos se encuentra en que “el núcleo no radica en reprochar jurídicamente al enjuiciado por sus actos sino que la órbita de responsabilidad debe circunscribirse a evaluar si en el caso hubo o no mal desempeño del funcionario en el ejercicio del cargo para el que fue electo, y en consecuencia, si cumple con el requisito de idoneidad para permanecer en el mismo. Cfr. TSJ en Expte. N° 4882/06 “Ibarra, Aníbal s/SAO - otros en Ibarra, Aníbal s/juicio político”, del voto mayoritario del Dr. Bacigalupo.

8. Me refiero específicamente a la noción que da sobre este concepto la Dra. Estela B. Sacristán, con referencia al que utiliza el Instituto de Gobernanza con sede en Ottawa, cuando menciona que dicho término refiere a “cómo se toman las decisiones importantes para una sociedad u organización; y contribuye a la definición acerca de quién debería tener el poder y por qué, quién debería hacer escuchar su voz en el proceso de toma de decisión, y cómo se brinda *accountability* a la ciudadanía” (Estela B. Sacristán, “Las personas no estatales como instrumento de gobierno”, artículo publicado en la *Revista RAP* en ocasión de las XXXVII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Gobierno de la Provincia de San Juan y Foro de Abogados de San Juan, Año XXXIV - 408, 2012, p. 48).

cretización del bien común y el interés general.⁹ Así, el Tribunal entiende que el órgano político, como la Legislatura, evalúa la conducta de funcionarios en base a la adhesión de su conducta con los principios del bien común y el interés general.¹⁰

c) Responsabilidad Penal. Por otra parte, los ministros que conforman el gabinete del Ejecutivo, se encuentran también sujetos a la responsabilidad penal en la que incurran como consecuencia de su accionar, tanto en el ejercicio como en ocasión de sus funciones, como así también en su ámbito personal.

No obstante ello, no han sido previstas en el ámbito local, respecto de los ministros, las inmunidades que la Constitución sí confiere respecto del Jefe de Gobierno y Vicejefe, conforme lo establecido en el artículo 98 CCABA.¹¹

d) Responsabilidad Civil. En el ejercicio de sus funciones, los ministros actúan como órganos de la Administración, la cual responderá por la actividad lícita e ilícita de los mismos. No obstante ello, para responsabilizar civilmente a los funcionarios, corresponderá atenderse previamente a los fueros que los rigen, conforme se expuso precedentemente.

Párrafo aparte merecen las consideraciones respecto de las *astreintes* o también llamadas sanciones conminatorias que pueden imponer los jueces de manera directa sobre los ministros o titulares de cartera, según lo establece el artículo 30 CCAyT: “El/la Ministro en su caso, de-

9. “Los supuestos del art. 92 alcanzan también a jueces, los de este Tribunal. Pero, mayormente a funcionarios titulares o dependientes del Poder Ejecutivo (...) De ambos, indudablemente, hacer una evaluación política, como la que cabe al mal desempeño de un funcionario del ejecutivo, es más propio de los legisladores que componen el primero de ellos. Para hacer esa evaluación, no existen estándares cuya aplicación concreta puedan administrar jueces sino criterios políticos en cuya sustancia se combinan racionalidad y preferencia, conocimiento y conjetura, ciencia y arte. No se trata de identificar deberes jurídicos incumplidos sino apartamientos de la búsqueda del bien común, concebidos como incorrectos, siempre según opiniones políticas”, TSJ en Expte. N° 4882/06 “Ibarra, Aníbal s/SAO”, fallo ya citado, del voto del Dr. Lozano considerando 2.4.

10. “... el control a cargo de las salas en que se divide la Legislatura depende no solamente de las facultades otorgadas como privativas a un poder sino también de las características del cargo cuya titularidad es puesta en tela de juicio”, ídem.

11. Rige para el ámbito nacional la inmunidad de arresto hasta tanto el legislador, funcionario o magistrado sujeto a desafuero, remoción o juicio político no sea separado de su cargo. Ver art. 1 Ley N° 25320.

berá responder con su patrimonio la sanción impuesta, aunque si se demuestra la imposibilidad de pago, las mismas serán satisfechas por el sujeto estatal”.¹²

RÉGIMEN FUNCIONAL

Por último, corresponde realizar una breve reseña respecto del régimen funcional de los ministros. En efecto, tal como lo establece el artículo en cuestión, aquellas personas promovidas por el Jefe de Gobierno y que opten por desempeñarse como titulares de los ministerios que conforman el gabinete del Ejecutivo, están sujetas a un régimen específico, equiparado con el de los Legisladores.

Tal distinción resulta útil, en tanto se ha de recordar que los ministros son funcionarios políticos, de forma tal que no se encuentran incorporados al régimen del empleado público desde que la misma Ley de Relaciones Laborales en la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 471 los excluye.¹³

En virtud de ello, el régimen de los ministros puede deducirse de la misma Constitución (cfr. artículos 100, 101, 92, 70 y 73) y de lo dispuesto en la Ley de Ética Pública N° 4891. De tal marco normativo, resulta:

a) Requisitos para ser ministros:

1. Ser argentino o argentina, nativo o nativa, por opción o naturalizado o naturalizada con cuatro años como mínimo de ejercicio de la ciudadanía;
2. Ser mayor de edad.

12. No obstante ello, la aplicación de tales sanciones no puede ser asimilada a penas civiles. Cfr. TSJ, Expte. N° 10729/14 “Macri, Mauricio –Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Fernández, Graciela M. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, del voto de la Dra. Conde.

13. Cfr. art. 4 inc. a: “Ámbito de Aplicación. La presente ley constituye el régimen aplicable al personal de la Administración Pública del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dependiente del Poder Ejecutivo, inclusive entes jurídicamente descentralizados, y sociedades estatales y el personal dependiente de las comunas (...). Quedan exceptuados: a) el Jefe y Vicejefe de Gobierno, los Ministros, Secretarios, Subsecretarios, Directores Generales y los titulares de los entes descentralizados...”.

b) Incompatibilidades:

1. El ejercicio de cualquier empleo en la función pública nacional, provincial, municipal o de la Ciudad, salvo la investigación en organismos estatales y la docencia.
2. Ser propietario, directivo, gerente, patrocinante o desempeñar cualquier otra función rectora, de asesoramiento o el mandato de empresa que contrate con la Ciudad o sus entes autárquicos o descentralizados.
3. Ejercer la abogacía o la procuración contra la Ciudad, salvo en causa propia.
4. La Ley N° 4895 de Ética Pública en su artículo 6 dispone asimismo los sujetos alcanzados por las incompatibilidades, entre los que se encuentran, en el inciso a, los Secretarios y los Ministros. Según esta disposición, estos no podrán:
 - prestar servicios en prestadores y/o proveedores del Estado que tengan una relación directa con el cargo desempeñado, ni ser él mismo proveedor,
 - obtener concesiones del Estado, por sí o por intermedio de terceros,
 - mantener relaciones contractuales con entidades que fiscaliza el órgano del que está a cargo,
 - patrocinar en trámites de terceros que se vinculen con sus funciones,
 - intervenir en gestiones judiciales o extrajudiciales contra la Ciudad salvo causa propia.

c) Deberes:

Los titulares del gabinete del Poder Ejecutivo, deberán presentar una declaración jurada anual, donde manifiesten la actividad, empleo o función que desempeñen y antecedentes curriculares y laborales, como así también los ingresos recibidos por la actividad profesional o independiente (artículos 10 y 17, cuya omisión –previa intimación– es delito penal, atento al artículo 268 CP).

La ley no establece ninguna prohibición para el ejercicio profesional independiente, siempre que ello no esté relacionado directamente con el cargo del que es titular.

Desde las perspectivas indicadas anteriormente, aun cuando la Constitución de la Ciudad no se ha ocupado en extenso de regular lo inherente a los titulares de los ministerios que conforman el gabinete del Poder Ejecutivo, su régimen puede deducirse tanto de las disposiciones que rigen respecto de los legisladores, de las leyes que disponga al efecto la Legislatura en virtud de la delegación que los constituyentes han dispuesto sobre ella, conforme lo dispone el artículo 100 CCABA, como también de las reglamentaciones que al efecto dicte el Jefe de Gobierno en tanto conductor de la Administración.

Capítulo Tercero

Atribuciones y deberes

Artículo 102

El Jefe de Gobierno tiene a su cargo la administración de la Ciudad, la planificación general de la gestión y la aplicación de las normas. Dirige la administración pública y procura su mayor eficacia y los mejores resultados en la inversión de los recursos. Participa en la formación de las leyes según lo dispuesto en esta Constitución, tiene iniciativa legislativa, promulga las leyes y las hace publicar, las reglamenta sin alterar su espíritu y las ejecuta en igual modo. Participa en la discusión de las leyes, directamente o por medio de sus Ministros. Publica los decretos en el Boletín Oficial de la Ciudad dentro de los treinta días posteriores a su emisión, bajo pena de nulidad.

EL PODER EJECUTIVO: UNA MIRADA LIMINAR

Por Estela B. Sacristán

INTRODUCCIÓN

Este artículo se encuentra inserto en el Capítulo Tercero de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA), que se titula “Atribuciones y deberes”. Es posible dividir dicho capítulo en

tres partes: una implícitamente introductoria (artículo 102), que incluye lo relativo a los decretos de necesidad y urgencia (artículo 103); y dos partes específicas, una dedicada a las *atribuciones y facultades* del Poder Ejecutivo (artículo 104) y otra dedicada a los *deberes* de dicho órgano (artículo 105). El artículo 103 ha sido objeto de comentario en otro lugar de esta obra. Por ende, los párrafos que siguen se centrarán en el artículo 102, de tono introductorio, a diferencia de los artículos 104 y 105, comentados subsecuentemente, que se concentran en qué puede y qué debe hacer la rama ejecutiva.

COMPARACIÓN

Una comparación con el orden nacional puede resultar ilustrativa a efectos de un adecuado acercamiento al artículo 102 de la CCABA. Veamos:

Constitución Nacional	Constitución de la CABA
<p>“Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país” [artículo 99.1].</p>	<p>“El Jefe de Gobierno tiene a su cargo la administración de la Ciudad, la planificación general de la gestión y la aplicación de las normas. Dirige la administración pública...”</p>
<p>“Supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de gabinete de ministros respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales” [artículo 99, inc. 10].</p>	<p>“... y procura su mayor eficacia y los mejores resultados en la inversión de los recursos”.</p>
<p>“Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar” [artículo 99.3]. “Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados</p>	<p>“Participa en la formación de las leyes según lo dispuesto en esta Constitución, tiene iniciativa legislativa, promulga las leyes y las hace publicar, las reglamenta sin alterar su espíritu y las ejecuta en igual modo”.</p>

Constitución Nacional	Constitución de la CABA
por [...] el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones que establece esta Constitución” [artículo 77]. “Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias” [artículo 99.2].	
“Concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero no votar” [artículo 100.9].	“Participa en la discusión de las leyes, directamente o por medio de sus Ministros”. “Publica los decretos en el Boletín Oficial de la Ciudad dentro de los treinta días posteriores a su emisión, bajo pena de nulidad”.

COMENTARIOS

Siguiendo la tabla precedente, pueden volcarse las reflexiones siguientes:

Administración

Como afirma, con todo acierto, Hernández:

[R]esultan incuestionables las facultades de administración correspondientes al nuevo nivel de gobierno instituido en la ley suprema de la Nación. Dichas facultades competen, según el Estatuto Organizativo, a los distintos departamentos de gobierno, pero especialmente al Jefe de Gobierno, que es el Jefe de la Administración, según lo dispuesto por el artículo 102.¹

Desde tal atalaya, se proclaman, en el artículo objeto de comentario, cuáles son las competencias de la rama ejecutiva.

El Jefe de Gobierno tiene a su cargo la administración de la Ciudad, la planificación general de la gestión y la aplicación de las normas, y dirige

1. Hernández, Antonio María, *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 230.

la Administración Pública en su esfera. De ello se derivan algunas reflexiones de interés de cara al artículo 99.1 de la Constitución Nacional.

Por un lado, el titular del Poder Ejecutivo nacional cuenta con una jefatura “suprema”, lo cual sería imposible en los planos infranacionales, pues ese carácter supremo es un paralelo de la soberanía que asiste a la Nación y no a las unidades que la componen. La jefatura del gobierno, presente en la figura presidencial nacional, no aparece explícitamente en cabeza del Poder Ejecutivo porteño. Empero, el reconocimiento de esa jefatura, en la Ciudad de Buenos Aires, surge claramente de la propia redacción del artículo, pues alude expresamente al “Jefe de Gobierno” como sujeto de la oración. También emana del artículo 95 de la CCABA, que establece que “El Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es ejercido por un Jefe o Jefa de Gobierno o Gobernador o Gobernadora”; también surge del texto del artículo 102, que reza “El Jefe de Gobierno tiene a su cargo...” y del texto de los artículos 104 y 105, que aluden a “atribuciones y facultades del Jefe de Gobierno” y a “deberes del Jefe de Gobierno”, respectivamente.

La responsabilidad política de la administración general del país que recae sobre la figura presidencial nacional no se halla explícitamente consagrada en la Constitución de la Ciudad. Por ende, hipotéticamente, podría imaginarse que el Jefe de Gobierno no resulta responsable políticamente por la administración general de la Ciudad. Ello, sin embargo, resulta neutralizado por el régimen de juicio político consagrado en el artículo 98 de la Constitución de la Ciudad, pues el juicio político es un juicio de responsabilidad política,² si bien restringido a ciertas causales. La titularidad, por ende, acarrea responsabilidad política. Tal responsabilidad política puede, asimismo, ser diferenciada de la responsabilidad penal, y de la responsabilidad que pesa sobre el Jefe de Gobierno, entre otros, bajo el artículo 56, por

2. Así, en voto del Dr. José Alejandro Mosquera en “Moliné O’Connor, Eduardo s/remoción”, Fallos: 327: 1914 (2004): “Jamás puede racionalmente aceptarse que la circunstancia de ventilarse la responsabilidad política de los miembros de la Corte Suprema a través de un juicio político, permita soslayar, neutralizar, minimizar o distorsionar la esencia de lo que configura un juicio”.

los daños que ocasione y por los actos u omisiones en que incurriera excediéndose en sus facultades legales.³

Finalmente, el titular del Poder Ejecutivo de la Ciudad “dirige” la Administración Pública a su cargo, y ello marca un paralelo con el régimen nacional. El Presidente de la Nación ha sido calificado, en reiteradas ocasiones, como “Jefe de la Administración”,⁴ y ese carácter de jefe implica, al menos, dirigir. La dirección de la Administración y la consiguiente jefatura también se hallan en cabeza del titular del Poder Ejecutivo de la Ciudad. Ello hace a que “Dichas facultades competen, según el Estatuto Organizativo, a los distintos departamentos de gobierno, pero especialmente al Jefe de Gobierno, que es el Jefe de la Administración, según lo dispuesto por el artículo 102”.⁵ Empero, deben desglosarse, de esa dirección o jefatura, las competencias que el artículo 104 de la CCABA coloca en cabeza del Ministro Coordinador. Este “coordina y supervisa las actividades de los Ministros”, además de “presidir los acuerdos y sesiones del gabinete en ausencia del Jefe de Gobierno”, con lo cual tales competencias no recaen en el Jefe de Gobierno sino en la figura del Ministro Coordinador. Por ende, el ejercicio de la coordinación y supervisión no resultará del Jefe de Gobierno sino del Ministro Coordinador, y la presidencia podrá, en su caso, hallarse también desglosada.

Eficacia administrativa. Inversión de recursos

Al tiempo que el Poder Ejecutivo nacional, responsable político de la administración del país, “[s]upervisa el ejercicio de la facultad del

3. La diferenciación entre los tres renglones es efectuada por Armagnague, Juan Fernando, “La responsabilidad civil, la penal y la política en el caso Ibarra”, *Los Andes*, 10/03/2010, Disponible en: <http://archivo.losandes.com.ar/notas/2006/3/10/opinion-186593.asp> (último acceso: 04/08/2016).

4. “Rodríguez, Rafael Antonio y otros c/Consejo Nacional de Educación Técnica s/empleo público”, Fallos: 321:663 (1998); “Gabetta, Ángel Alberto c/Estado Nacional (Ministerio de Defensa) s/ordinario”, Fallos: 312:156 (1989); “Dana Montaña, Salvador M.”, Fallos: 235:337 (1956).

5. Hernández, Antonio María, “El nuevo régimen constitucional de la Ciudad de Buenos Aires”, p. 20. Disponible en: https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjAyZCJu6jOAhVGDZAKHQAzC_8QFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.acaderc.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Farticiudadbuenosaires%2Fat_download%2Ffile&usq=AFQjCNGYb4i2JPDi37H7fMgXcNkv79g&sig2=p-xEyxzXFp9E_Y5hioUl3g (último acceso: 04/08/2016).

Jefe de Gabinete de Ministros respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales”,⁶ el Jefe de Gobierno de la Ciudad dirige a la Administración local procurando “su mayor eficacia y los mejores resultados en la inversión de los recursos”, refiriéndose el pronombre “su” a la Administración.

Dos ejes se advierten en el texto: por un lado, el objetivo de eficacia de la Administración y, por el otro, lo relativo a la inversión de los recursos.

Una decisión es eficaz cuando sirve al propósito para el cual estaba enderezada; se trata de la verificación del resultado tenido en cuenta al decidir.⁷ Tal evaluación del éxito de una medida ninguna relación guarda, en principio, con la ponderación de la eficiencia de la misma, que se referirá al menos a la faz económica, es decir, a si se ha logrado el resultado esperado al menor costo.

Puede tenerse en cuenta que la obtención de eficacia en la Administración será, como objetivo, pasible de un restringido control judicial en tanto se la conciba como equivalente a mérito. En este sentido, cabe recordar que en el fallo “Orías” se equiparó conveniencia con eficacia.⁸ Y en el célebre fallo “Cine Callao” se equiparó al mérito con la eficacia⁹ y se afirmó que “el análisis del mérito o eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos (...) son ajenos a la competencia de esta Corte, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos...”.¹⁰ Esa irrevisabilidad, de la obtención o no de eficacia, moraría, asimismo, en la tesis de las cuestiones de política administrativa –determinar el cómo obtener la eficacia sería

6. Cfr. art. 99, inc. 10, CN.

7. Ello fue explicado en nuestro “Eficiencia y Tarifas (con especial referencia al factor X)”, *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 2001, N° 36/38, enero-diciembre 2001, p. 173 y ss.

Ampliar, asimismo, en Aguilar Valdéz, Oscar, “El control judicial de razonabilidad de las medidas de intervención y regulación económica”, en VV. AA., *Control público y acceso a la justicia*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Astrea y Rap, 2016, pp. 313-358.

8. “Orías, Raúl c/Universidad Nacional de Río Cuarto”, Fallos: 317:40 (1994).

9. Fallos: 247:121 (1960).

10. Ídem.

una apreciación no jurídica sino de conveniencia— como cuestiones políticas irrevisables, en principio, judicialmente.¹¹

Se trata de una eficacia que derrama sus benéficos efectos sobre los administrados. Por ello, el artículo 3 de la ley de procedimientos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que

... [l]os Ministros y demás funcionarios del Poder Ejecutivo y los titulares de los órganos directivos de entes descentralizados podrán dirigir o impulsar la acción de sus inferiores jerárquicos mediante órdenes, instrucciones, circulares y reglamento internos, a fin de asegurar celeridad, economía, sencillez y eficacia de los trámites...¹²

No puede soslayarse que la noción de eficacia —verificación del éxito u obtención del objetivo tenido en cuenta, a diferencia de la eficiencia, que mide al menos los costos involucrados en ese logro— hace a los hechos, a la confrontación de los hechos con el objetivo prefijado. De tal modo, la noción de eficacia enraíza en la concepción que parecería hacer prevalecer los hechos sobre todo lo demás. Corresponde a Jellinek no la enunciación de un principio de eficacia pero sí la concepción del “poder normativo de lo fáctico”,¹³ Schmitt se ha referido al “poder ordenatorio de lo fáctico”.¹⁴ Ante tal peligroso panorama es que habría que leer con prudencia la manda de obtención de eficacia administrativa en la Ciudad. Pues no podría concebirse una obtención de eficacia administrativa haciendo caso omiso del Derecho y la Moral que lo informan, así como tampoco podría hacerse prevalecer el ser sobre el deber ser.

En cuanto a los recursos públicos, el pasaje comentado alude, en su segunda parte, a los “mejores resultados en la inversión de los recursos” que serán procurados por el Jefe de Gobierno. Los recursos de

11. Ampliar en Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2da. ed. actual., reestr. y aum., 2002, T. II, p. 236 y ss.

12. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Decreto de Necesidad y Urgencia 1510/GCABA/97”, disponible en: <http://www2.buenosaires.gob.ar/regimengenerencial/concursos/Documentacion/Decreto%201510-97.pdf> (último acceso: 04/08/2016).

13. Jellinek, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Verlag von O. Häring, 1914, p. 338, disponible en: https://ia802608.us.archive.org/23/items/allgemeinestaatssoojelliala/allgemeinestaatssoojelliala_bw.pdf (último acceso: 04/08/2016).

14. Schmitt, Carl, *On the Three Types of Juristic Thought* (traducción de Joseph W. Bendersky), Connecticut y Londres, Praeger, Westport, 2004, p. 69.

la Ciudad se hallan enumerados en la normativa infraconstitucional.¹⁵ Se advierte que el texto constitucional local incluye un calificativo comparativo –mejores resultados– y significa un importante avance respecto del régimen nacional, que no incluye tal calificación. De tal modo, financieramente, el Jefe de Gobierno procurará no sólo invertir los recursos sino invertirlos para obtener esos mejores resultados.

El empleo del calificativo “mejor” es distinto del previsto en la ley de administración financiera nacional, que se refiere –entre otros supuestos– al “mejoramiento” de los montos, plazos o intereses en las operaciones de crédito público.¹⁶ Una cosa es el “mejor” resultado, y otra cosa será “mejorar” un resultado.

De otra parte, en el régimen de la Constitución de la Ciudad no se advierte la fijación de parámetros para determinar el mejor resultado de las inversiones. Ello implica que, hipotéticamente, las inversiones de los recursos podrían dar los mejores resultados en el plano económico, financiero, medioambiental, social, entre miríadas de supuestos

15. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley N° 70, art. 36: “Los recursos de la Ciudad se integran con los que establece el artículo 9 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que son los siguientes:

Los ingresos provenientes de los tributos que establece la Legislatura.

Los fondos de Coparticipación Federal que le correspondan.

Los provenientes de las contribuciones indirectas del artículo 75, inc. 2 primer párrafo de la Constitución Nacional.

Los fondos reasignados con motivo de las transferencias de competencias, servicios y funciones, en los términos del artículo 75, inc 2, quinto párrafo de la Constitución Nacional.

Los ingresos provenientes de la venta, locación y cesión de bienes y servicios.

La recaudación obtenida en concepto de multas, cánones, contribuciones, derechos y participaciones.

Las contribuciones de mejoras por la realización de obras públicas que beneficien determinadas zonas.

Los ingresos por empréstitos, suscripción de títulos públicos y demás operaciones de crédito.

Las donaciones, legados, herencias vacantes y subsidios.

Los ingresos por la explotación de juegos de azar, de apuestas mutuas y de destreza.

Los ingresos provenientes de los acuerdos celebrados con la Nación, las Provincias, las regiones, las municipalidades, los Estados extranjeros y los organismos internacionales.

Los restantes que puedan integrar el tesoro de la Ciudad”. Disponible en: <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley70.html> (último acceso: 04/08/2016).

16. Ley Nacional N° 24156, art. 65, 1° párrafo.

más. Sin embargo, la ley respectiva de la Ciudad de Buenos Aires establece que

A los efectos del cumplimiento de esta Ley se entiende por Inversión Pública la aplicación de recursos en todo tipo de bienes y de actividades que incrementen el patrimonio de las entidades que integran el sector público, con el fin de iniciar, ampliar, mejorar, reponer o reconstruir la capacidad productora de bienes o prestadora de servicios.¹⁷

De tal modo, la ley formal fija algunos de los parámetros para determinar si se apuntó o no al mejor resultado al efectuarse la inversión.

A todo evento, esos *mejores* resultados excluirán tanto a los peores resultados en la inversión de los recursos, como a aquellos resultados que, sin serlo, no logren tener la calidad superlativa prefijada en la norma.

Leyes. Reglamentos

El Jefe de Gobierno de la Ciudad, en el plano de las leyes, “[p]articipa en la formación de las leyes según lo dispuesto en esta Constitución, tiene iniciativa legislativa, promulga las leyes y las hace publicar, las reglamenta sin alterar su espíritu y las ejecuta en igual modo”.

La consideración de la iniciativa legislativa del titular del Poder Ejecutivo de la Ciudad remite al artículo 85 de la Constitución.

La participación en el proceso legislativo se refleja en el artículo 86 de la Constitución (que ha sido objeto de comentario en el lugar pertinente de esta obra), el cual establece que

... [s]ancionado un proyecto de ley por la Legislatura pasa sin más trámite al Poder Ejecutivo para su promulgación y publicación. (...) Se considera promulgado por el Poder Ejecutivo todo proyecto de ley no vetado en el término de diez días hábiles, a partir de la recepción. Las leyes se publican en el Boletín Oficial dentro de los diez días hábiles posteriores a su promulgación. Si el Poder Ejecutivo omite su publicación la dispone la Legislatura.

El poder reglamentario del Jefe de Gobierno de la Ciudad ofrece sus particularidades de elevado interés. Una apresurada lectura del artículo 102 podría hacernos creer que la Jefatura de Gobierno de la Ciudad sólo se halla habilitada para dictar reglamentos de ejecución. Se

17. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley 70, art. 13.

podría imaginar que hay una coincidencia con el pensamiento rousseauniano en cuanto –en general– se interpretan restrictivamente las competencias del Poder Ejecutivo, en particular la potestad reglamentaria.¹⁸ Se vería en ello un resabio de aquella postura doctrinaria según la cual el Ejecutivo sólo “ejecuta” las leyes del Legislativo,¹⁹ las pone en ejecución,²⁰ limitándose a tal estrecho campo la actividad denominada competencia reglamentaria.

Empero, de una lectura integradora se advierte que el Ejecutivo, en la Ciudad, puede, al menos, dictar reglamentos de ejecución, reglamentos de necesidad y urgencia y reglamentos autónomos.²¹ Veamos:

El Jefe de Gobierno reglamenta las leyes sin alterar su espíritu y las ejecuta de igual modo, labor de ejecución que aparece reiterada en el segundo inciso del artículo 104 (“ejecuta las leyes”). Ello aparece como reflejo del artículo 99 inciso 2 de la Constitución Nacional, que establece que el Poder Ejecutivo nacional “[e]xpide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”. De ello podría inferirse que la prescripción constitucional, en la Constitución de la Ciudad, se refiere a los denominados “reglamentos de ejecución”, que son los que “regulen los detalles indispensables para asegurar el cumplimiento de la ley”.²² Ellos son de necesario dictado en la Ciudad, pues según el artículo 102, primer párrafo, el Ejecutivo tiene a su cargo la aplicación de las normas, y según el artículo 104, segundo inciso, ejecuta las leyes. Aquellas normas que requieran, para su apli-

18. Explica Jellinek que “la doctrina de Rousseau había sustraído de la actividad del poder ejecutivo toda actividad propia, y expresamente lo dejaba limitado a la ejecución de lo que la ley determinaba”, cfr. Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado* (trad. de la 2ª ed. alemana de Fernando de los Ríos Urruti), Buenos Aires, Albatros, 1943, p. 503.

19. Ampliar en Carré de Malberg, R., *Teoría General del Estado* (trad. de José Lión Depetre), Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 508 y sus citas.

20. Sánchez Agesta, Luis, *Principios de Teoría Política*, Madrid, Editorial Nacional, 6ª ed. rev., 1976, p. 441.

21. Acerca de las diversas clases de reglamentos en la Ciudad, ver el voto de la juez Ana María Conde en Documento: 2007-04-18, Expte. 4911/2006 “Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, del 18/04/2007.

22. Voto de la juez Ana María Conde en Documento: 2008-02-13, Expte. 5406/2007 “Solares de Conesa SA c/GCBA s/impugnación actos administrativos s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, del 13/02/2008.

cación, una reglamentación, deberán ser reglamentadas o el Jefe de Gobierno sería responsable por tal omisión en cuanto al cumplimiento de una manda constitucional. Se infiere de ello la preocupación del Constituyente por que las leyes no queden en el mundo ideal y sean, en los hechos, ejecutadas. En otras palabras, son los reglamentos que permiten la aplicación de las leyes, impidiendo que la labor legislativa se torne fútil o inaplicable por haberse omitido el reglamentar una ley, haciéndola, así, inoperativa o meramente programática, *derogándola* en los hechos. Tal competencia para dictar reglamentos de ejecución se justifica, como expusimos en otro lugar, en la rapidez en el obrar y la especialización que asiste a la Administración considerando los órganos y entes que la componen.²³

De otra parte, el Ejecutivo de la Ciudad puede dictar “decretos por razones de necesidad y urgencia”, pues a ello lo habilita el artículo 103, que ya ha sido objeto de comentario en esta obra.

También puede el Jefe de Gobierno dictar reglamentos autónomos, independientes o constitucionales, pues dicho funcionario es quien dirige la Administración, tendiendo esta a su cargo, con lo que lo asiste la doctrina de la denominada “zona de reserva de la Administración”²⁴ según las enseñanzas iusadministrativistas de recibo. En este marco, se ha afirmado que

... la jefatura de la Administración le concede [al Jefe de Gobierno de la Ciudad] (...) la denominada “zona de reserva de la Administración”, de donde resulta su facultad reglamentaria y la posibilidad de dictar los denominados “reglamentos autónomos”, es decir, aquellos que no tienen alcance general sino que se refieren únicamente al área de la administración pública...²⁵

23. Nos permitimos remitir a nuestro trabajo “La Administración legisladora (y dos saludables recaudos)”, en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Derecho Procesal Administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, T. I, pp. 391-437.

24. Ampliar en Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 4ta. ed. act., T. I, pp. 249-256; ver, asimismo, Coviello, Pedro J. J., “La denominada ‘zona de reserva de la Administración’ y el principio de la legalidad administrativa”, en *Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 193-222.

25. Dalla Via, Alberto R., *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1996, p. 136.

Finalmente, el Jefe de Gobierno no puede dictar reglamentos delegados, pues no recibirá delegación alguna: la Legislatura se halla impedida de delegar sus atribuciones (artículo 84). En otras palabras, bajo la Constitución de la Ciudad la delegación legislativa se halla expresamente prohibida.²⁶ Es más, al no formularse distinción alguna, la “delegación” –que se halla prohibida– comprenderá la prohibición tanto de su forma propia como impropia.

Discusión de las leyes. Publicación de decretos

El Jefe de Gobierno “[p]articipa en la discusión de las leyes, directamente o por medio de sus Ministros” y esta última posibilidad condice con la posibilidad de delegación administrativa que asiste al Jefe de Gobierno bajo el artículo 101 *in fine*.

Por último, según el texto constitucional, el Jefe de Gobierno de la Ciudad “[p]ublica los decretos en el Boletín Oficial de la Ciudad dentro de los treinta días posteriores a su emisión, bajo pena de nulidad”. Por ende, la no publicación implicaría, bajo la letra de la norma constitucional, la nulidad del decreto. Sin embargo, la ley de procedimiento administrativo local no prevé tal causal de nulidad,²⁷ y sí prevé que la publicación acarreará la eficacia del acto (artículo 11). Sin que se quiera significar que una ley prevalece sobre la Constitución, el texto infraconstitucional procedimental echa luz sobre el significado de la publicación: la misma apunta a que el acto tenga eficacia; nada aporta la publicación a la validez. Por ende, se colige que la omisión de publicación importará que el acto de alcance general (hipotéticamente válido) carezca de eficacia, es decir, que sea inoponible a terceros. Esta interpretación es, además, la que coincide con aquella jurisprudencia conforme la cual “un reglamento no dejará de serlo porque la Administración incumpla con la obligación de publicarlo para que adquiriera eficacia”.²⁸

26. Gil Domínguez, Andrés, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Un recorrido crítico*, Buenos Aires, Eudeba y Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1997, pp. 179 y 185.

27. Ver art. 14 y concs., Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Decreto de Necesidad y Urgencia 1510/GCABA/97”, disponible en: <http://www2.buenosaires.gob.ar/regimengenerencial/concursos/Documentacion/Decreto%201510-97.pdf> (último acceso: 04/08/2016).

28. “Finexcor S.A. c/Estado Nacional (M° de Economía) s/juicios de conocimientos”, Fallos: 328:2457 (2005).

Es claro que, al aludirse a publicación, la prescripción se refiere a los decretos que trasuntan medidas de alcance general. Así, parecería tenderse a la protección del sistema republicano consagrado en el artículo 1 de la Constitución de la CABA, conforme al cual “todos los actos de gobierno son públicos”, conformando ese bien colectivo que es la información estatal.²⁹

29. Acerca de dicho bien, ampliar en Basterra, Marcela I., “El derecho de acceso a la información pública. Análisis del proyecto de ley federal”, Buenos Aires, Instituto de Política Constitucional, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 5/5/2010, p. 14, disponible en: <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/01%20Basterra.pdf> (último acceso: 04/08/2016).

Artículo 103

El Poder Ejecutivo no puede, bajo pena de nulidad, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos en esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen las materias procesal penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, el Gobernador puede dictar decretos por razones de necesidad y urgencia. Estos decretos son decididos en acuerdo general de Ministros, quienes deben refrendarlos. Son remitidos a la Legislatura para su ratificación dentro de los diez días corridos de su dictado, bajo pena de nulidad.

LA REGULACIÓN DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA Y LOS CONTROLES INSTITUCIONALES

Por María Ximena Luques

Concordancias: artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional; artículos 141 inciso 18, y 142 de la Constitución Provincia de Chaco; artículos 156, 132 inciso 20 de la Constitución de la Provincia de Chubut; artículo 126 inciso 12 de la Constitución de la Provincia de La Rioja; artículo 181, inciso 6 de la Constitución de la Provincia de Río Negro;

artículo 145 de la Constitución de la Provincia de Salta; artículo 157 de la Constitución de la Provincia de San Juan; artículo 161 de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero y artículo 101 inciso 2 de la Constitución de la Provincia de Tucumán.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Nacional de 1853 no contemplaba entre las atribuciones del Poder Ejecutivo la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia (DNU). Recién a partir de la reforma constitucional de 1994 este tipo de decretos adquieren jerarquía constitucional; sin embargo, ya habían sido admitidos anteriormente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Peralta, de 1990.

Las provincias argentinas adoptaron diferentes criterios en relación con la incorporación o no de los DNU en su texto constitucional. Tenemos un grupo de nueve constituciones provinciales que los reconocen expresamente (Chubut, La Rioja, Río Negro, Salta, San Juan, Santiago del Estero, Tucumán, Chaco y CABA) y otro grupo de quince constituciones que no los contemplan explícitamente (Buenos Aires, Catamarca, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, Mendoza, Misiones, Neuquén, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe y Tierra del Fuego).

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires reconoció expresamente este instrumento excepcional a través de los artículos 103 y 91 de su texto constitucional, sancionado en 1996. Los convencionales constituyentes, durante el tratamiento de este tema, señalaron que

... en la encrucijada, corresponde a esta Convención Constituyente decidir si lisa y llanamente se los prohíbe como lo ha hecho gran parte de la legislación europea o si se admite su existencia, mas estableciendo mecanismos de contralor adecuados para garantizar su legitimidad.¹

En virtud del artículo 103 de la Constitución de la Ciudad, se prohíbe en forma expresa al Poder Ejecutivo emitir disposiciones de carácter legislativo y establece como sanción, frente al incumplimiento de

1. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, Inserción de la convencional Clorinda Yelicic, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2016, T. 3, p. 312.

la prohibición, la pena de nulidad. No obstante, el principio general de prohibición se flexibiliza al admitir como excepción la facultad del Jefe de Gobierno de dictar DNU en circunstancias excepcionales basadas en la necesidad y la urgencia, conforme a los requisitos de fondo y de forma que constituyen un límite para su procedencia y que se desarrollarán más adelante.

NATURALEZA JURÍDICA Y REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LOS DNU

Este tipo de decretos que puede utilizar el Poder Ejecutivo cuando se configuran los supuestos fácticos previstos en la norma son actos de sustancia legislativa, por sus efectos, y por lo tanto tienen el valor y la fuerza de ley.

Asimismo, son actos complejos, ya que necesitan que concurra la voluntad de dos órganos para su perfeccionamiento: el Poder Ejecutivo que lo dicta y el Poder Legislativo que lo ratifica. En el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Jefe de Gobierno toma la decisión y la Legislatura controla que se den las condiciones para que se pueda ejercer la facultad excepcional de dictarlos.

Con respecto a los requisitos para la procedencia de los DNU, corresponde analizar en qué circunstancias debe el Poder Ejecutivo ejercer funciones asignadas al Poder Legislativo, utilizando estas facultades reglamentarias excepcionales. Podemos distinguir requisitos de fondo y de forma:

Requisitos de fondo

El primer requisito consiste en que se configuren “circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución para la sanción de las leyes” y el segundo, en que “no se trate de normas que regulen las materias procesal penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos”.

En principio, cabe señalar que la situación fáctica que debe darse para la validez de estos decretos son las “circunstancias excepcionales” que configuren una situación de necesidad y urgencia basada en la imposibilidad que se da por la propia situación excepcional.

Cuando el artículo 103 de la Constitución de CABA se refiere a las “razones de necesidad y urgencia” quiere decir que existe una situación de emergencia, que según la Real Academia Española, significa “acción y efecto de emerger, suceso, accidente que sobreviene, situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Perón, Juan D.” de 1957 (Fallos: 238:76), define la emergencia como “situaciones que derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles, o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan también remedios extraordinarios”.

En la doctrina encontramos autores como Quiroga, que equiparan las razones de necesidad y urgencia con la emergencia,² a la cual él define como “una situación extraordinaria, fáctica, originada por un desorden interno que resulta de una amenaza para la integridad del Estado o para el orden social”.³

Por su parte, Serrafiero asocia las razones de necesidad y urgencia con situaciones excepcionales, las que describe como:

... momentos respecto de los cuales el sistema jurídico e institucional responde frente a los hechos que se califican de tal forma de un modo distinto a las situaciones ordinarias, sea porque el propio orden legal se suspende, porque algunos órganos revisten de poder incrementado o porque la ciudadanía ve restringidos sus derechos y garantías.⁴

Debemos tener en cuenta que la mera circunstancia excepcional no amerita el dictado del DNU si este supuesto fáctico no imposibilita seguir con el trámite ordinario de formación y sanción de las leyes establecido en la Constitución. Esto tiene que ver con un motivo de oportunidad y se traduce en que la necesidad y urgencia no pueden ser satisfechas por ley.

Con respecto a la imposibilidad, Bidart Campos señala que

... cuando las circunstancias excepcionales hacen “imposible” el seguimiento del procedimiento legislativo, hemos de entender que esta im-

2. Quiroga, Hugo, *La Argentina en emergencia permanente*, Buenos Aires, Edhasa, 2005, p. 231.

3. *Ibíd.*, p. 111.

4. Serrafiero, Mario, *Exceptocracia ¿confín de la democracia? Intervención federal, estado de sitio y decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Ediciones Lumiere, 2005, p. 13.

posibilidad no alcanza a alojar una mera inconveniencia ni habilita a elegir discrecionalmente, por un puro criterio coyuntural y oportunista, entre la sanción de una ley y la emanación más rápida de un decreto.⁵

En definitiva, es dable afirmar que la imposibilidad debe ser funcional, es decir, que la Legislatura no puede funcionar por razones de fuerza mayor, mientras que en modo alguno configura esta hipótesis la existencia de razones políticas, como puede ser la falta de tratamiento por no contar con el quórum necesario o las mayorías exigidas.

Tampoco el receso de la Legislatura habilita al ejercicio de esta atribución excepcional por parte del Jefe de Gobierno. En efecto, el artículo 91 *in fine* de la Constitución de la Ciudad establece que en dicho caso: “la Legislatura se reúne en sesiones extraordinarias por convocatoria del Poder Ejecutivo o se autoconvoca en el término de diez días corridos a partir de la recepción del decreto”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Verrocchi” de 1999 (Fallos: 322:1726), resolvió que

... es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias para la validez de los DNU:

- 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal;
- 2) Que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

En cuanto al segundo requisito para la procedencia de los DNU, que no se trate de “materias prohibidas”, corresponde señalar que no todas las materias de contenido legislativo pueden ser formuladas a través de este instrumento. Por el contrario, la Constitución de la CABA enumera taxativamente las que están expresamente vedadas: procesal penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

La imposibilidad absoluta de dictar este tipo de decretos en materia procesal penal y tributaria tiene como objetivo reforzar el principio

5. Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, T. VI, p. 433.

constitucional de legalidad, y en cuanto a las prohibiciones en materia electoral y régimen de partidos políticos, encuentran su razón de ser en la preservación de las reglas del proceso democrático y la competencia electoral.

Requisitos de forma

El artículo 103 *in fine* se refiere a los requisitos formales necesarios para el dictado de estos decretos. En efecto, los DNU deben ser decididos en acuerdo general de ministros. Ello implica que el Jefe de Gobierno tomará esta medida de carácter excepcional con el acuerdo de *todos* sus ministros, quienes deberán, además, refrendarlos y remitirlos a la Legislatura para su ratificación, dentro de los diez días corridos de su dictado, bajo pena de nulidad.

LOS CONTROLES INSTITUCIONALES

En virtud de nuestra forma republicana de gobierno, el poder se encuentra dividido en tres órganos con funciones diferentes, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, los cuales se controlan mutuamente a fin de mantener el ejercicio del poder contenido dentro de los límites constitucionales, evitar abusos y, sobre todo, garantizar la libertad de los individuos.

Los mecanismos de control son instrumentos necesarios para garantizar la responsabilidad por los actos de gobierno y la transparencia indispensable para un buen gobierno. Cuando el Poder Ejecutivo dicta decretos de necesidad y urgencia, ejerce una atribución propia del Poder Legislativo, en circunstancias excepcionales y bajo las condiciones establecidas en la norma.

Los convencionales constituyentes dieron jerarquía constitucional a esta facultad excepcional del Poder Ejecutivo con la finalidad de superar situaciones de emergencia, pero la limitaron a través de mecanismos de control que implican establecer límites en su ejercicio y acotar su uso.

En este orden de ideas, Gabriel Negretto señala que este tipo de decretos fueron creados por los constituyentes “como instrumentos de gobernabilidad necesarios para hacer frente a una situación de crisis

en la que los mecanismos de pesos y contrapesos operan como obstáculo para la adopción de rápidos cambios legislativos”.⁶

Debemos distinguir dos tipos de controles institucionales en materia de DNU: los políticos y los judiciales. Los primeros, a cargo del Poder Legislativo y los segundos, a cargo de la Justicia.

En primer lugar, nos vamos a referir al control que se efectúa en la instancia política, que consiste en que la Legislatura, en el caso de la CABA, revise el decreto en cuestión, analice su legitimidad y el cumplimiento de los requisitos de fondo y de forma, y lo apruebe o rechace. Si lo ratifica, el decreto adquiere fuerza de ley, y si lo rechaza, pierde vigencia.

La intervención de la Legislatura, que es el órgano dotado de mayor legitimidad democrática por encontrarse en él representados todos los sectores de la sociedad, significa establecer una barrera contra la discrecionalidad, limitar el ejercicio de poder, evitar abusos y salvaguardar el principio de división de poderes.

Asimismo, el control político es el último paso del procedimiento establecido por la Constitución, y completa el acto jurídico complejo que constituye el dictado de este tipo de decreto. No hay posibilidad de efectuar un acto posterior a ello, ya que el Poder Ejecutivo no podrá vetar la resolución que dicta la Legislatura aprobando o rechazando el decreto de necesidad y urgencia.

En cuanto al procedimiento de control propiamente dicho de los DNU, podemos diferenciar el mecanismo utilizado en la Constitución Nacional y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que los constituyentes porteños, con buen criterio, si bien utilizaron una redacción similar al artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional, diseñaron un procedimiento superador.

En efecto, el artículo 91 de la Constitución de la Ciudad establece un plazo determinado para que el Poder Legislativo se expida por la ratificación o el rechazo del DNU “dentro de los 30 días de su remisión”, y prescribe que “pierden vigencia los decretos no ratificados en dicho término”. Consecuentemente, el silencio de la Legislatura implica rechazo. En cambio, el régimen nacional es diferente, dado que

6. Negretto, Gabriel, “El constitucionalismo puesto a prueba, decretos legislativos y emergencia económica en América Latina”, *Insonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, N° 14, 2001, p. 80.

la Constitución Nacional no establece expresamente un plazo para que el Poder Legislativo se expida y el DNU no pierde vigencia por su falta de pronunciamiento.

En segundo lugar, debemos señalar que los DNU pueden ser objeto también de control judicial, en virtud del cual la Justicia realiza un control de constitucionalidad del decreto ante el caso o agravio concreto, que debe ser amplio, verificando si concurren en cada caso los requisitos formales para su procedencia, es decir, si se dieron las circunstancias excepcionales, si fue imposible seguir con los trámites ordinarios, si no se refieren a materias vedadas y si el procedimiento se cumplió correctamente.

El Poder Judicial no puede examinar la conveniencia o eficacia de la medida, pero sí su razonabilidad, o sea si existe proporción entre el remedio y los males que se pretenden evitar con esta medida.

Por último, resulta necesario en esta instancia referirnos a la forma de interpretación de los DNU, ya que cuando el Poder Ejecutivo ejerce dicha facultad debemos tener en cuenta que tiene carácter excepcional y que debe interpretarse restrictivamente. Linares Quintana⁷ define la interpretación restrictiva como aquella que “reduce el sentido y alcance de la norma”, en consecuencia es necesario señalar que en caso de duda debe interpretarse palmariamente por la prohibición y no por la habilitación.

La finalidad de la necesidad de interpretar de manera sumamente restrictiva el ejercicio de esta facultad de excepción, es la de evitar que se menoscabe el principio de separación de poderes, axioma fundamental de nuestra forma republicana de gobierno, y evitar que se utilice dicha atribución de manera abusiva.

Cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se refiere a la relación entre la división de poderes y los mecanismos de control, cuando en el caso Peralta (Fallos: 313:1513) señala que la facultad de dictar DNU:

... guarda estrecha relación con el principio de la llamada división de poderes y que nuestra Constitución establece un reparto de competencias y medios de control y fiscalización, por lo que se busca

7. Linares Quintana, Segundo V., *Reglas para la interpretación constitucional*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1987, p. 19.

afianzar el sistema republicano de gobierno y no concentrar en cada uno un ámbito cerrado de potestades, librado a su plena discreción.

LEY REGLAMENTARIA DE LOS DNU EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

En 1998 fue sancionada la Ley N° 15 que reglamenta el procedimiento de la intervención de la Legislatura en materia de DNU y resuelve diversas cuestiones referentes a su ratificación o rechazo.

En primer lugar, se establece en la norma que el instrumento que ratifica o rechaza estos decretos es una resolución de la Legislatura y no una ley, por lo tanto no podrá ser vetada. Los legisladores, durante el debate parlamentario de esta ley, advirtieron que el instrumento que se utilizará será una resolución para evitar la concentración del poder en el Ejecutivo, que es el órgano controlado en este caso. Asimismo, esta norma implica demandar el carácter de controlador autónomo del Poder Legislativo y desde el punto de vista republicano, la reivindicación del poder de los representantes del pueblo.

En segundo lugar, la ley se refiere a las mayorías requeridas para dictar la resolución, que será por mayoría simple, salvo que el decreto versara sobre materias para las que la Constitución exija una mayoría superior, y en caso de tratarse de materias cuya aprobación por el Poder Legislativo exija doble lectura, se mantendrá dicho procedimiento para evitar que los DNU se conviertan en una vía para eludir los procedimientos y mayorías exigidos por la Constitución.

La Legislatura no puede modificar el texto del decreto a través de la resolución que lo ratifica. Una vez ratificado el decreto, tendrá rango de ley y, en caso de ser rechazado, perderá vigencia a partir de la publicación de la resolución de la Legislatura en el Boletín Oficial, de esta forma se garantiza la seguridad jurídica.

Asimismo, la ley prevé, conforme al artículo 91 de la Constitución de la CABA, que la falta de pronunciamiento de la Legislatura, en el plazo establecido, implica el rechazo del decreto.

CLÁUSULAS TRANSITORIAS

Como consecuencia de que el Jefe de Gobierno asumió sus funciones antes de la sanción de la Constitución de la CABA y que no se habían elegido aún los legisladores, los convencionales constituyentes incorporaron cláusulas transitorias para resolver diversas cuestiones.

En lo que respecta a los DNU, la cláusula transitoria primera punto 3, dispone que

... el Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en ningún caso podrá emitir disposiciones de carácter legislativo, salvo circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios y, en dicho supuesto, que no se trate de normas que regulen materias tributarias, contravencionales, electorales y del régimen de partidos políticos. Dichas normas deberán ser ratificadas oportunamente por el órgano legislativo de la Ciudad de Buenos Aires.

Asimismo, la cláusula transitoria décima establece que

... los decretos de necesidad y urgencia que emita el Jefe de Gobierno hasta que se constituya la Legislatura, serán sometidos a la misma para su tratamiento en los diez primeros días de su instalación y que por única vez, el plazo de treinta días del artículo 91, es de ciento veinte días corridos.

Finalmente, la cláusula transitoria decimosegunda punto 2 indica que

... el Poder Ejecutivo sancionará, mediante decreto de necesidad y urgencia, un Código en materia Contencioso Administrativa y Tributaria, y las demás normas de organización y procedimiento que fueren necesarias para el funcionamiento de los fueros indicados en las cláusulas anteriores, todo *ad referendum* de la Legislatura de la Ciudad.

CONCLUSIÓN

El reconocimiento expreso de los DNU tanto por la Constitución Nacional como por un grupo de constituciones provinciales y específicamente por la Constitución de la CABA, objeto del presente comentario, significó constitucionalizar la potestad del Poder Ejecutivo para

ejercer una facultad legislativa, a la que puede recurrir, como su nombre lo indica, por razones de necesidad y urgencia.

La utilización de este tipo de decretos debe hacerse de manera razonable y bajo el estricto cumplimiento de los requisitos fijados por la normativa. Asimismo, debe aplicarse el carácter restrictivo al momento de efectuarse su interpretación, es decir que en la duda debe estarse claramente por su prohibición y no por la habilitación.

Finalmente, cabe destacar la importancia de los controles institucionales en relación a los DNU, el control político a cargo del Poder Legislativo y el control judicial a cargo de la Justicia, cuyo objeto fundamental es evitar, en definitiva, la concentración del poder.

Artículo 104

Atribuciones y facultades del Jefe de Gobierno:

- 1. Representa legalmente la Ciudad, pudiendo delegar esta atribución, incluso en cuanto a la absolución de posiciones en juicio. De igual modo la representa en sus relaciones con el Gobierno Federal, con las Provincias, con los entes públicos y en los vínculos internacionales.**
- 2. Formula y dirige las políticas públicas y ejecuta las leyes.**
- 3. Concluye y firma los tratados, convenios y acuerdos internacionales e interjurisdiccionales. También puede celebrar convenios con entes públicos nacionales, provinciales, municipales y extranjeros y con organismos internacionales, y acuerdos para formar regiones con las Provincias y Municipios, en especial con la Provincia de Buenos Aires y sus municipios respecto del área metropolitana, en todos los casos con aprobación de la Legislatura. Fomenta la instalación de sedes y delegaciones de organismos del Mercosur e internacionales en la Ciudad.**
- 4. Puede nombrar un Ministro Coordinador, el que coordina y supervisa las actividades de los Ministros y preside sus acuerdos y sesiones del Gabinete en ausencia del Jefe de Gobierno.**
- 5. Propone a los Jueces del Tribunal Superior de Justicia.**
- 6. Propone al Fiscal General, al Defensor Oficial y al Asesor Oficial de Incapaces.**
- 7. Designa al Procurador General de la Ciudad con acuerdo de la Legislatura.**
- 8. Designa al Síndico General.**

9. Establece la estructura y organización funcional de los organismos de su dependencia. Nombra a los funcionarios y agentes de la administración y ejerce la supervisión de su gestión.
10. Propone la creación de entes autárquicos o descentralizados.
11. Ejerce el poder de policía, incluso sobre los establecimientos de utilidad nacional que se encuentren en la Ciudad.
12. En ejercicio del poder de policía, aplica y controla las normas que regulan las relaciones individuales y colectivas del trabajo. Sin perjuicio de las competencias y responsabilidades del Gobierno Nacional en la materia, entiende en el seguimiento, medición e interpretación de la situación del empleo en la Ciudad.
13. Aplica las medidas que garantizan los derechos de los usuarios y consumidores consagrados en la Constitución Nacional, en la presente Constitución y en las leyes.
14. Establece la política de seguridad, conduce la policía local e imparte las órdenes necesarias para resguardar la seguridad y el orden público.
15. Coordina las distintas áreas del Gobierno Central con las Comunas.
16. Acepta donaciones y legados sin cargo.
17. Concede subsidios dentro de la previsión presupuestaria para el ejercicio.
18. Indulta o conmuta penas en forma individual y en casos excepcionales, previo informe del tribunal correspondiente. En ningún caso puede indultar o conmutar las inhabilitaciones e interdicciones previstas en esta Constitución, las penas por delitos contra la humanidad o por los cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.
19. Designa a los representantes de la Ciudad ante los organismos federales, ante todos los entes interjurisdiccionales y de regulación y control de los servicios cuya prestación se lleva a cabo de manera interjurisdiccional e interconectada, y ante los internacionales en que participa la Ciudad. Designa al representante de la Ciudad ante el organismo federal a que se refiere el artículo 75, inciso 2, de la Constitución Nacional.
20. Administra el puerto de la Ciudad.
21. Otorga permisos y habilitaciones para el ejercicio de actividades comerciales y para todas las que están sujetas al poder de policía de la Ciudad, conforme a las leyes.
22. Crea un organismo con competencias en ordenamiento territorial y ambiental, encargado de formular un Plan Urbano Ambiental. Una ley reglamentará su organización y funciones.

23. Ejecuta las obras y presta servicios públicos por gestión propia o a través de concesiones. Toda concesión o permiso por un plazo mayor de cinco años debe tener el acuerdo de la Legislatura. Formula planes, programas y proyectos y los ejecuta conforme a los lineamientos del Plan Urbano Ambiental.
24. Administra los bienes que integran el patrimonio de la Ciudad, de conformidad con las leyes.
25. Recauda los impuestos, tasas y contribuciones y percibe los restantes recursos que integran el tesoro de la Ciudad.
26. Convoca a referéndum y consulta popular en los casos previstos en esta Constitución.
27. Preserva, restaura y mejora el ambiente, los procesos ecológicos esenciales y los recursos naturales, reduciendo la degradación y contaminación que los afecten, en un marco de distribución equitativa. Promueve la conciencia pública y el desarrollo de modalidades educativas que faciliten la participación comunitaria en la gestión ambiental.
28. Adopta medidas que garanticen la efectiva igualdad entre varones y mujeres en todas las áreas, niveles jerárquicos y organismos.
29. Promueve la participación y el desarrollo de las organizaciones no gubernamentales, cooperativas, mutuales y otras que tiendan al bienestar general. Crea un registro para asegurar su inserción en la discusión, planificación y gestión de las políticas públicas.
30. Organiza consejos consultivos que lo asesoran en materias tales como niñez, juventud, mujer, derechos humanos, personas mayores o prevención del delito.
31. Administra y explota los juegos de azar, de destreza y de apuestas mutuas, según las leyes respectivas.
32. Las demás atribuciones que le confieren la presente Constitución y las leyes que en su consecuencia se dicten.

ATRIBUCIONES Y FACULTADES DEL PODER EJECUTIVO

Por Estela B. Sacristán

COMPARACIÓN

Este artículo de la Constitución de la CABA establece las atribuciones y facultades del Poder Ejecutivo. Su comparación con el texto nacional puede observarse en la siguiente tabla:

Constitución Nacional	Constitución de la CABA
“Artículo 99. El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones...”.	“Artículo 104. Atribuciones y facultades del Jefe de Gobierno...”.
“2. Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.	“2. Formula y dirige las políticas públicas y ejecuta las leyes”.
“4. Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos. [omissis]”. “7. Nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado;	“5. Propone a los Jueces del Tribunal Superior de Justicia”. “6. Propone al Fiscal General, al Defensor Oficial y al Asesor Oficial de Incapaces”. “4. Puede nombrar un Ministro Coordinador, el que coordina y supervisa las actividades de los Ministros y preside sus acuerdos y sesiones del Gabinete en ausencia del Jefe de Gobierno”. “7. Designa al Procurador General de la Ciudad con acuerdo de la Legislatura”. “8. Designa al Síndico General”. “9. [...] Nombra a los funcionarios y agentes de la administración y ejerce la supervisión de su gestión”.

Constitución Nacional	Constitución de la CABA
<p>por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho, los oficiales de su secretaría, los agentes consulares y los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución”.</p> <p>“19. Puede llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima Legislatura”.</p>	<p>“19. Designa a los representantes de la Ciudad ante los organismos federales, ante todos los entes interjurisdiccionales y de regulación y control de los servicios cuya prestación se lleva a cabo de manera interjurisdiccional e interconectada, y ante los internacionales en que participa la Ciudad. Designa al representante de la Ciudad ante el organismo federal a que se refiere el artículo 75, inciso 2, de la Constitución Nacional”.</p>
<p>“5. Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados”.</p>	<p>“18. Indulta o conmuta penas en forma individual y en casos excepcionales, previo informe del tribunal correspondiente. En ningún caso puede indultar o conmutar las inhabilitaciones e interdicciones previstas en esta Constitución, las penas por delitos contra la humanidad o por los cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones”.</p>
<p>“6. Concede jubilaciones, retiros, licencias y pensiones conforme a las leyes de la Nación”.</p>	
<p>“10. Supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de gabinete de ministros respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales”.</p> <p>“17. Puede pedir al jefe de gabinete de ministros y a los jefes de todos los ramos y departamentos de la administración, y por su conducto a los demás empleados, los informes que crea convenientes, y ellos están obligados a darlos”.</p>	<p>“25. Recauda los impuestos, tasas y contribuciones y percibe los restantes recursos que integran el tesoro de la Ciudad”.</p>

Constitución Nacional	Constitución de la CABA
<p>“11. Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules”.</p>	<p>“3. Concluye y firma los tratados, convenios y acuerdos internacionales e interjurisdiccionales. También puede celebrar convenios con entes públicos nacionales, provinciales, municipales y extranjeros y con organismos internacionales, y acuerdos para formar regiones con las Provincias y Municipios, en especial con la Provincia de Buenos Aires y sus municipios respecto del área metropolitana, en todos los casos con aprobación de la Legislatura...”.</p>
<p>“12. Es comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación. 13. Provee los empleos militares de la Nación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las Fuerzas Armadas; y por sí solo en el campo de batalla. 14. Dispone de las Fuerzas Armadas, y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación. 15. Declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso”.</p>	
<p>“16. Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El Presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el Artículo 23”.</p> <p>“20. Decreta la intervención federal a una provincia o a la Ciudad de Buenos</p>	

Constitución Nacional	Constitución de la CABA
Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento”.	
“18. Puede ausentarse del territorio de la Nación, con permiso del Congreso. En el receso de este, sólo podrá hacerlo sin licencia por razones justificadas de servicio público”.	
	“1. Representa legalmente la Ciudad, pudiendo delegar esta atribución, incluso en cuanto a la absolución de posiciones en juicio. De igual modo la representa en sus relaciones con el Gobierno Federal, con las provincias, con los entes públicos y en los vínculos internacionales”.
	<p>“9. Establece la estructura y organización funcional de los organismos de su dependencia...”.</p> <p>“15. Coordina las distintas áreas del Gobierno Central con las Comunas”.</p> <p>“10. Propone la creación de entes autárquicos o descentralizados”.</p> <p>“20. Administra el puerto de la Ciudad”.</p> <p>“24. Administra los bienes que integran el patrimonio de la Ciudad, de conformidad con las leyes”.</p> <p>“31. Administra y explota los juegos de azar, de destreza y de apuestas mutuas, según las leyes respectivas”.</p> <p>“23. Ejecuta las obras y presta servicios públicos por gestión propia o a través de concesiones. Toda concesión o permiso por un plazo mayor de cinco años debe tener el acuerdo de la Legislatura. Formula planes, programas y proyectos y los ejecuta conforme a los lineamientos del Plan Urbano Ambiental”.</p>

Constitución Nacional	Constitución de la CABA
	<p>“11. Ejerce el poder de policía, incluso sobre los establecimientos de utilidad nacional que se encuentren en la Ciudad”.</p> <p>“12. En ejercicio del poder de policía, aplica y controla las normas que regulan las relaciones individuales y colectivas del trabajo. Sin perjuicio de las competencias y responsabilidades del Gobierno Nacional en la materia, entiende en el seguimiento, medición e interpretación de la situación del empleo en la Ciudad”.</p> <p>“14. Establece la política de seguridad, conduce la policía local e imparte las órdenes necesarias para resguardar la seguridad y el orden público”.</p> <p>“21. Otorga permisos y habilitaciones para el ejercicio de actividades comerciales y para todas las que están sujetas al poder de policía de la Ciudad, conforme a las leyes”.</p> <p>“17. Concede subsidios dentro de la previsión presupuestaria para el ejercicio”.</p> <p>“3. [...] Fomenta la instalación de sedes y delegaciones de organismos del Mercosur e internacionales en la Ciudad”.</p> <p>“22. Crea un organismo con competencias en ordenamiento territorial y ambiental, encargado de formular un Plan Urbano Ambiental. Una ley reglamentará su organización y funciones”.</p> <p>“27. Preserva, restaura y mejora el ambiente, los procesos ecológicos esenciales y los recursos naturales, reduciendo la degradación y contaminación que los afecten, en un marco de distribución equitativa. Promueve la conciencia pública y el</p>

Constitución Nacional	Constitución de la CABA
	desarrollo de modalidades educativas que faciliten la participación comunitaria en la gestión ambiental”.
	“26. Convoca a referéndum y consulta popular en los casos previstos en esta Constitución”.
	“13. Aplica las medidas que garantizan los derechos de los usuarios y consumidores consagrados en la Constitución Nacional, en la presente Constitución y en las leyes”.
	“16. Acepta donaciones y legados sin cargo”.
	“28. Adopta medidas que garanticen la efectiva igualdad entre varones y mujeres en todas las áreas, niveles jerárquicos y organismos”.
	“29. Promueve la participación y el desarrollo de las organizaciones no gubernamentales, cooperativas, mutuales y otras que tiendan al bienestar general. Crea un registro para asegurar su inserción en la discusión, planificación y gestión de las políticas públicas”.
	“30. Organiza consejos consultivos que lo asesoran en materias tales como niñez, juventud, mujer, derechos humanos, personas mayores o prevención del delito”.
	“32. Las demás atribuciones que le confieren la presente Constitución y las leyes que en su consecuencia se dicten”.

ALGUNAS REFLEXIONES

Una primera reflexión puede versar acerca de la terminología adoptada. El artículo 104 se refiere a “atribuciones y facultades” de la Jefatura de Gobierno de la CABA. Ahora, ¿equivalen esos términos a “competencias”? La cuestión es relevante pues, si así fuera, serían de ejercicio obligatorio o mandatorio.¹

Respecto de la expresión “atribuciones”, recordaremos que el término “competencia” significa “círculo de atribuciones legales”.² Por ende, se puede concluir que, en el artículo 104, se está ante competencias que serán de ejercicio obligatorio, pues la competencia “constituye una obligación del órgano”.³

La “facultad” es definida por el Diccionario de la Real Academia Española como “poder o derecho para hacer algo”.⁴ También se la define como “poder o potestad”.⁵ Hay doctrina que entiende que las facultades son implicancia de la competencia.⁶ Por cierto, las facultades de un órgano o persona jurídica pública –y la Ciudad de Buenos Aires lo es, según el artículo 146, Código Civil y Comercial de la Nación– no son derechos, pues sólo las personas físicas tienen derechos.⁷

1. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Decreto de Necesidad y Urgencia 1510/GCABA/97”. Disponible en: <http://www2.buenosaires.gob.ar/regimengenerencial/concursos/Documentacion/Decreto%201510-97.pdf> (último acceso: 04/08/2016). Art. 2: “Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente”. En igual sentido, ver Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 4^a ed. act., 1990, T. I, p. 571: “La competencia no constituye un derecho subjetivo. Constituye una obligación del órgano”.

2. Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, p. 569.

3. Ver nota 2. En igual sentido, Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 571; Ross, Alf, *On law and Justice*, Berkeley y Los Ángeles, University of California Press, 1959, p. 203: “Whereas the private competence can be exercised freely as the individual pleases, the exercise of social competence is a duty, an office in the widest sense”.

4. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en: www.rae.es (último acceso: 07/08/2016).

5. Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, nueva ed., París, Garnier Hermanos Libreros Editores, 1903, p. 682.

6. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, citado por Forsthoff, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 575.

7. En este sentido, ver Dalla Via, Alberto R., *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1996, p. 143; Marienhoff, Miguel S., *Tratado*

Como se ve, en ambos casos –atribuciones, facultades– se está ante un trasfondo común: el de la competencia. Por ende, en el caso del artículo 104, podemos genéricamente referirnos a “competencias” del Jefe de Gobierno. Por cierto, no se tratará de competencias que se deban ejercer permanente o continuamente. Empero, se podría argüir que, dadas ciertas circunstancias o condiciones, o cuando la oportunidad sea la adecuada, se podrá imponer –en el plano político o jurídico– el efectivo ejercicio de la atribución o facultad como corolario de la mentada obligatoriedad.

La tabla comparativa permite advertir, en cabeza de la Jefatura de Gobierno de la Ciudad, competencias que pueden ser agrupadas de la siguiente forma: una de carácter único, de representación; las de carácter legislativo sobre la formulación y dirección de políticas públicas;⁸ las de administración, que son, como se verá, muy numerosas; las impositivas; las electorales; las de perdón; las relativas a relaciones exteriores; otras competencias; y, finalmente, las implícitas. La doctrina ha señalado que “el estatuyente porteño ha diseñado un Poder Ejecutivo ‘fuerte’, siguiendo la tradición presidencialista de nuestro país, atento a la Constitución Nacional, como a las constituciones de provincia”.⁹ Un balance emergente de las reflexiones que siguen corroborarán o morigerarán tal aserto. A todo evento, el titular del Poder Ejecutivo local es la “máxima autoridad política y administrativa”.¹⁰

Representación

El Jefe de Gobierno es, por antonomasia, el representante de la Ciudad en las relaciones intersubjetivas de esta con el Estado nacional, las provincias, los entes públicos y los sujetos de Derecho Internacional. El carácter de representante puede ser objeto de delegación

de Derecho Administrativo, op. cit.: “La competencia es un concepto de la esfera institucional en la cual los derechos subjetivos son desconocidos porque estos sólo se dan entre personas”.

8. Se omite lo relativo a la ejecución de las leyes, que ya ha sido objeto de comentarios al anotarse el art. 102, en esta misma obra, sin perjuicio de las reflexiones al comentarse los arts. 10 y 105, *in fine*.

9. Dalla Vía, Alberto R., *op. cit.*, p. 141.

10. Creo Bay, Horacio D., *Autonomía y Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 42.

administrativa a favor de uno de sus inferiores jerárquicos.¹¹ Ello, pues al preverse tal posibilidad en el texto constitucional, se respeta el principio de improrrogabilidad de la competencia, que veda la delegación administrativa o interorgánica, salvo norma que la autorice.¹²

Formulación y dirección de políticas públicas

El segundo inciso establece que la Jefatura de Gobierno formula y dirige las políticas públicas –como ser las de los artículos 38 y 39– y ejecuta las leyes. Respecto de la ejecución de las leyes, nos permitimos reenviar a los comentarios a los artículos 10 y 102, en esta misma obra, así como al comentario del artículo 105, inciso 12. Respecto de la formulación y dirección de políticas públicas que el texto constitucional delega constitucionalmente en el Poder Ejecutivo, ello sería un corolario de ostentarse la Jefatura del Gobierno y acarrearía, respecto del eventual control judicial, la adopción, en su caso, de la tesis de no justiciabilidad de las cuestiones políticas que restringe el control de las facultades privativas de los poderes del Estado.¹³ Un ejemplo de tales políticas surge del inciso 14 del artículo 104: el establecimiento de “políticas de seguridad”. Las políticas (*policies*) públicas son directrices políticas, es decir, “pautas que proponen un objetivo que debe ser alcanzado, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad”.¹⁴

11. A modo de ejemplo, se ha afirmado que la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires no representa a dicha Ciudad en “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires/Secretaría de Comunicaciones - Resol. 2926/1999 s/amparo Ley 16986”, Fallos: 329:4542 (2006).

12. “Sindicato de los Trabajadores de la Industria Lechera de la Capital Federal y partidos adyacentes”, Fallos: 288:398 (1974).

13. En tal sentido, ver “Zaratiegui, Horacio y otros c/Estado Nacional s/nulidad de acto legislativo”, Fallos: 311:2580 (1988); “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional (PEN) s/amparo Ley 16986”, Fallos: 321:1187 (1998); “Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención urgente en autos: Smith, Carlos Antonio c/Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/sumarísimo”, Fallos: 325:28 (2002); “Fernández, Raúl c/Estado Nacional (PEN) s/amparo - Ley 16986”, Fallos: 322:3008 (1999); “Rodríguez, Rafael Antonio y otros c/Consejo Nacional de Educación Técnica s/empleo público”, Fallos: 321:663 (1998); entre otros. En contra: “Tomasella Cima, Carlos L. c/Estado Nacional - Congreso de la Nación (Cámara de Senadores) s/acción de amparo”, Fallos: 322:2370 (1998); “Chaco, Provincia del c/Estado Nacional (Senado de la Nación) s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 321:3236 (1998); “Apoderados y electores de la Alianza Frente de la Esperanza s/acción constitutiva de tipo cautelar”, Fallos: 316:972 (1993).

14. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (trad. de M. Guastavino de la edición de 1977), Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, cap. II.

Materias de administración

Se incluyen en este renglón las siguientes competencias, ordenadas según la tratadística iusadministrativa:

Organización administrativa

La Jefatura de Gobierno establece la estructura y organización funcional de los organismos de su dependencia y ello es consecuencia de la jefatura de la Administración que posee bajo el artículo 102.¹⁵ Tal jefatura le permite, asimismo, coordinar las distintas áreas del Gobierno central en relación con las subunidades o subdivisiones de la Ciudad o comunas.

La Jefatura de Gobierno propone la creación de entes autárquicos o descentralizados, y se advierte aquí un reflejo de la interpretación que sostiene que la creación de dichos entes corresponde al Poder Judicial. De otra parte, si la norma asigna la competencia de *proponer*, estaría excluyendo la posibilidad de *crear*. A todo evento, la ley de procedimiento local establece que “El recurso de alzada podrá deducirse sólo por cuestiones de legitimidad. En caso de aceptarse el recurso, la resolución se limitará a revocar el acto impugnado”.¹⁶ De allí que se corrobora la adopción, en la Constitución de la Ciudad, de la tesis de la creación de entes descentralizados únicamente por ley formal.¹⁷ Variada podría haber sido la interpretación de la competencia constitucional que le permite a la Jefatura de Gobierno crear un organismo con competencias en ordenamiento territorial y ambiental, encargado de formular un Plan Urbano Ambiental. Ello pues la norma no alude a entidad descentralizada sino a “organismo”, término multívoco que, en los estudios de organización administrativa, puede aludir tanto a un

15. Tal Jefatura de la Administración en cabeza del Jefe de Gobierno, es fruto de una interpretación que compartimos al comentar el respectivo artículo 102, propiciada por Dalla Via, Alberto R., *op. cit.*, p. 136.

16. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Decreto de Necesidad y Urgencia 1510/GCABA/97, *op. cit.*, art. 116. Acerca del control limitado a la legitimidad como paralelo de la creación por el Congreso (o Legislatura), cabe remitir a Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 10^{ma} ed., 2011, T. I, p. 276.

17. En contra, propiciando que también el Poder Ejecutivo puede crearlas, Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo, op. cit.*, pp. 410-411, cuando el Poder Ejecutivo ejerce competencias propias. Un ejemplo sería el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuerto, creado por Decreto nacional N° 375/1997, esp. arts. 14 y 16.

órgano como a un ente.¹⁸ Empero, esta hipótesis –hoy puramente teórica– se enfrentaría con un extremo insoslayable: el control limitado a la legitimidad, según la norma reguladora del procedimiento administrativo ya repasada. A todo evento, y según el inciso que le permite al Ejecutivo local no crear sino proponer la creación de entidades autárquicas, se advierte una evidente limitación en el Poder Ejecutivo de la CABA, a diferencia de lo que ocurre con el Poder Ejecutivo Nacional.

Servicios públicos, policía, fomento

En materia de obras y servicios públicos, el Ejecutivo de la Ciudad “ejecuta las obras y presta servicios públicos por gestión propia o a través de concesiones”. Por ende, en ambos supuestos se advierte la admisión de la tesis de la delegación transestructural de manera que tales cometidos puedan ser concretados por la Ciudad o por particulares en los que se delegue el respectivo cometido (por ejemplo, mediante concesión de obra pública, licencia o concesión de servicios públicos). Resulta razonable la exigencia, para toda concesión o permiso por un plazo mayor de cinco años, el recaudo de obtención de acuerdo de la Legislatura, y de ello se infiere la innecesariedad de tal acuerdo en casos que involucren lapsos menores.

En el renglón policía se ha afirmado que

... [s]on significativos, en materia de poderes otorgados, los incisos 10 y 11 que le dan al Jefe de Gobierno el ejercicio del ‘poder de policía’, una función que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su doctrina tradicional, entendía de carácter legislativo y que correspondía, por lo tanto, ejercer al Poder Legislativo.¹⁹

Así las cosas, la Constitución de la Ciudad misma –y no una ley formal– habilita al Ejecutivo a ejercer el poder de policía –y lo hará mediante reglamentos administrativos, mas dentro de los límites de su competencia limitada al ejercicio–, incluso sobre los establecimientos

18. Bielsa, Rafael, *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Buenos Aires, Depalma, 3^{ra} ed. aum., 1987, p. 157. Bielsa explica que un organismo es un conjunto de órganos. Por ende, el término no precisa si se está ante un órgano o un ente. Repárese en que, frente al texto del art. 85 CN, que alude a “organismo”, la Ley nacional N° 24156, art. 116, establece que la Auditoría General de la Nación es un ente.

19. Dalla Via, Alberto R., *op. cit.*, p. 142.

de utilidad nacional que se encuentren en la Ciudad. Es ilustrativo, en la materia, el precedente “Macbar”.²⁰

En ejercicio del poder de policía –establece la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– la Jefatura de Gobierno “aplica y controla” las normas que regulan las relaciones individuales y colectivas del trabajo y, además, en forma concurrente con la Nación, entiende en el seguimiento, medición e interpretación de la situación del empleo en la Ciudad. Se advierte, en el supuesto –a diferencia del párrafo precedente–, la especificidad del ejercicio, que comprenderá aplicación y control.

Desde el punto de vista económico o patrimonial, dos importantes competencias del Jefe de Gobierno, del campo del poder de policía, se vinculan, primero, con el otorgamiento de permisos y habilitaciones para el ejercicio de actividades comerciales y para todas las que están sujetas al poder de policía de la Ciudad, conforme a las leyes; y, segundo, con la administración y explotación de los juegos de azar, de destreza y de apuestas mutuas, según las leyes respectivas.

Ya en el plano institucional, el Ejecutivo de la Ciudad conduce la policía local e imparte las órdenes necesarias para resguardar la seguridad y el orden público. Tal policía local fue creada por la Ley N° 2894, de 2008. De acuerdo con su artículo 9, el sistema de seguridad pública de la Ciudad de Buenos Aires “está integrado por los siguientes componentes: El/la Jefe/a de Gobierno” y, según el artículo 10 de dicha ley, “El/la Jefe/a de Gobierno, en su carácter de titular del Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires y jefe/a de la administración, es responsable de la coordinación político-institucional superior del sistema de seguridad pública de la Ciudad de Buenos Aires”.²¹

En el campo de la actividad de fomento, corresponde a la Jefatura de Gobierno la concesión u otorgamiento de subsidios dentro de la previsión presupuestaria para el ejercicio, lo cual guarda armonía con el prin-

20. Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Macbar S.R.L. c/Ciudad de Buenos Aires”, del 12/10/2004, comentado en Ivanega, Miriam M., “Una decisión judicial razonable y coherente sobre el poder de policía”, *La Ley*, 2005-B, pp. 69-78. Puede verse, asimismo, Sacristán, Estela B., “La Ciudad de Buenos Aires como delegataria de poderes de la Nación (A propósito de los controles sobre una empresa estatal)”, *La Ley*, 2007-C, pp. 141-159.

21. Disponible en: <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley2894.html> (último acceso: 15/08/2016).

cipio de que no hay gasto público sin recurso.²² Asimismo, bajo el inciso 3, el Ejecutivo de la Ciudad fomenta la instalación de sedes y delegaciones de organismos del Mercosur e internacionales en la Ciudad.

Por último, el Poder Ejecutivo local administra el puerto de la Ciudad,²³ así como los bienes que integran el patrimonio de la Ciudad,²⁴ de conformidad con las leyes, como por ejemplo la Ley N° 1227, de 2003,²⁵ que fija el marco legal para la investigación, preservación, salvaguarda, protección, restauración, promoción, acrecentamiento y transmisión, a las generaciones futuras, del patrimonio de la Ciudad. Resulta destacable, en materia de defensa del patrimonio de la Ciudad, el rol de la Procuración General de la Ciudad bajo el artículo 134 de la CCABA. Asimismo, en cuanto al puerto, se recordará el precedente “Giachino”,²⁶ en el cual se declaró abstracto el caso en el que se debatía la competencia del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para controlar la actividades del buque casino “Estrella de la Fortuna”.

Medio ambiente

Nos permitimos incluir, en el amplio rubro de materias de Administración, las competencias medioambientales involucradas. Dados los lineamientos que contiene el Plan Urbano Ambiental, el Jefe de Gobierno formula planes, programas y proyectos y los ejecuta de conformidad con aquellos. En el marco de dicho Plan, “[l]o ambiental es considerado como dimensión que atraviesa y da sentido a la totalidad

22. Ley nacional N° 24156, art. 33: “No se podrán adquirir compromisos para los cuales no quedan saldos disponibles de créditos presupuestarios, ni disponer de los créditos para una finalidad distinta a la prevista”.

23. Para ampliar, ver Bianchi, Alberto B., “El puerto (Recuerdo de un debate histórico)”, *La Ley*, 2006-F, pp. 1093-1100.

24. Para ampliar, ver Delfín, Alejandra, “La protección del patrimonio histórico-cultural de la Ciudad de Buenos Aires: el supuesto de los inmuebles anteriores a 1941 a la luz de un fallo reciente”, *Revista de Derecho Administrativo*, n° 80, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 498-506.

25. Disponible en: <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley1227.html> (último acceso: 15/08/2016).

26. “Giachino, Luis A. y otro c/Estado Nacional - Dirección General de Sanidad de fronteras y Terminales de Transporte y otros s/acción meramente declarativa”, Fallos: 334:1123 (2011). Puede ampliarse en Bianchi, Alberto B., “Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Suprema. Período 2011”, *La Ley, Suplemento Especial*, Buenos Aires, abril 2012, pp. 3-36, esp. p. 8.

del proceso de planeamiento, desde el diagnóstico hasta la implementación de las propuestas” y “[l]o urbano se refiere al territorio de Buenos Aires, al escenario que se estudia y sobre el que se actúa”.²⁷

Específicas competencias de la Jefatura de Gobierno comprenden, primero, preservar, restaurar y mejorar el ambiente, los procesos ecológicos esenciales y los recursos naturales, reduciendo la degradación y contaminación que los afecten, en un marco de distribución equitativa; y segundo, promover la conciencia pública y el desarrollo de modalidades educativas que faciliten la participación comunitaria en la gestión ambiental. Ejemplos de tales modalidades educativas pueden verse en la Ley N° 1687, de 2005, de Educación Ambiental, por cuyo artículo 1 se establece como objeto:

... la incorporación de la educación ambiental en el sistema educativo formal, no formal y mediante modos alternativos de comunicación y educación, garantizando la promoción de la educación ambiental en todas las modalidades y niveles, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.²⁸

Materia impositiva

Bajo el inciso 25, la Jefatura de Gobierno recauda “los impuestos, tasas y contribuciones y percibe los restantes recursos que integran el tesoro de la Ciudad”. Esta competencia se limita a la recaudación pues, en virtud del principio de reserva de ley formal en materia tributaria (*no taxation without representation*):

... [e]l principio de legalidad o de reserva de la ley no es sólo una expresión jurídico formal de la tributación, sino que constituye una garantía substancial en este campo, en la medida en que su esencia viene dada por la representatividad de los contribuyentes, y en este sentido

27. Consejo del Plan Urbano Ambiental, *Plan urbano Ambiental. Documento final*, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Secretaría de Planeamiento Urbano, Consejo del Plan urbano Ambiental, Buenos Aires, s/f, p. 12. Disponible en: https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=oahUKEWjWqb6BL3OAhXHnJAKHYWqDAEQFgggtMAM&url=http%3A%2F%2Fwww.buenosaires.gob.ar%2Fareas%2Fplaneamiento_obras%2Fcopua%2Fpua_junio2006.pdf%3Fmenu_id%3D19176&usg=AFQjCNEuq7oQrwQ4CMWrlttxy3daroNAA&bvm=bv.129422649,d.Y2I (último acceso: 10/8/2016).

28. Disponible en: <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley1687.html> (último acceso: 15/08/2016).

este principio de raigambre constitucional abarca tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones como a las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones.²⁹

Por otra parte, cabe tener presente que, en la Constitución Nacional, artículo 99, inciso 10, es la Jefatura de Gabinete la que “hace recaudar” las rentas de la Nación (artículo 100, inciso 7, CN), bajo la supervisión del Poder Ejecutivo Nacional. En cambio, en la Ciudad es el Poder Ejecutivo mismo el que recauda impuestos, tasas, contribuciones y demás recursos que alimentan el Tesoro local.

Materia electoral

En esta materia, trascendentes competencias se hallan en cabeza del Poder Ejecutivo de la CABA. En efecto, convoca a referéndum y consulta popular en los casos previstos en la Constitución. Pueden verse, en tales materias, los comentarios a los artículos 65 y 66 en esta obra, además de la Ley de la Ciudad de Buenos Aires N° 89,³⁰ de 1998, que reglamenta ambos institutos.

Nombramientos y propuestas

En este punto, pueden diferenciarse propuestas, por un lado, y nombramientos, por el otro.

En materia de propuestas, el inciso 5 contempla –textualmente– a los Jueces del Tribunal Superior de Justicia, lo cual evidenciaría, *prima facie*, una diferencia respecto del régimen nacional, pues el Poder Ejecutivo Nacional no propone sino que nombra a los magistrados de la

29. “Empresa Pesquera de la Patagonia y Antártida S.A. c/Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 338:313 (2015); “Consolidar ART S.A. c/Superintendencia Riesgos Trabajo Resoluciones 39/1998 y 25806/1998 s/proceso de conocimiento”, Fallos: 332:2872 (2009). Confrontar “Mexicana de Aviación S.A. de C.V. c/Estado Nacional - Ministerio de Defensa FAA Decreto 577/2002 s/amparo”, Fallos: 331:1942 (2008), donde se afirmó que “Dado que las tasas de aterrizaje, estacionamiento para naves y de uso de pasarelas telescópicas revisten el carácter de precio por el uso que las empresas de aeronavegación hacen de las instalaciones aeroportuarias (...), su determinación no estaba sujeta al principio de legalidad en materia tributaria...”.

30. Ver: <http://www2.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley89.html> (último acceso: 15/08/2016).

Corte Suprema de Justicia de la Nación con el acuerdo del Senado.³¹ Sin embargo, tal inciso 5 debe leerse en conjunción con el artículo 111 de la Constitución de la Ciudad, que establece que los cinco magistrados del Tribunal Superior de Justicia son “designados por el Jefe de Gobierno”.

También en materia de propuestas, el inciso 6 fija la competencia de la Jefatura de Gobierno para “proponer” al Fiscal General, el Defensor Oficial y el Asesor Oficial de Incapaces. Estas propuestas carecen del correspondiente reflejo en el artículo 120, CN, la cual difirió la cuestión a la ley formal. Respecto del Fiscal General, Defensor Oficial y Asesor Oficial de Incapaces, cabe recordar que, bajo el artículo 107 de la Constitución de la Ciudad, el Ministerio Público integra el Poder Judicial.

En materia de designaciones o nombramientos, y sin perjuicio de lo ya indicado respecto del inciso 5 y el artículo 111, cabe apuntar que, bajo el inciso 9, la Jefatura de Gobierno nombra a los funcionarios y agentes de la Administración y ello es correlato de hallarse a cargo de la Administración bajo el artículo 102, sin haberse previsto, en la Constitución, la posibilidad de delegación administrativa u orgánica de la materia. Además, bajo el inciso 7, designa al Procurador General de la Ciudad con acuerdo de la Legislatura, y tal previsión de rango constitucional no tiene paralelo en la Constitución Nacional. También designa al Síndico General bajo el inciso 8, y cabe predicar similar asimetría respecto de la Norma Fundamental nacional.

Otras designaciones hacen –bajo el inciso 19– a la designación de representantes de la Ciudad ante los organismos federales, como podría ser el caso de un representante de la Ciudad ante el Consejo Federal de la Energía Eléctrica;³² ante todos los entes interjurisdiccionales y de regulación y control de los servicios interjurisdiccionales, en armonía con el artículo 42, *in fine*, CN; y ante los organismos internacionales en que participa la Ciudad, como es el caso del Unicef-uKid.³³ Asimismo

31. Constitución Nacional, art. 99, inc. 4.

32. Ver: Consejo Federal de la Energía Eléctrica, “Representantes”. Disponible en: <http://www.cfee.gov.ar/representantes.php> (último acceso: 10/08/2016).

33. Ver la parte correspondiente a la Ciudad de Buenos Aires en: Unicef - Global City Indicators Facility, *UKID Index of Urban Child Development Overview & Preliminary Results*, Global City Indicators Facility, Ontario, y UNICEF Urban Planning and Programming, New York. Disponible en: http://www.cityindicators.org/Deliverables/UKID%20Overview%20and%20Preliminary%20Results_10-2-2013-140975.pdf (último acceso: 10/08/2016), conforme al cual la Ciudad de Buenos Aires se halla en primer

mo, el Jefe de Gobierno designará un representante de la Ciudad ante el organismo federal del artículo 75, inciso 2 CN.

El lenguaje de la Constitución, respecto de la figura que conocemos en el ámbito nacional como Jefatura de Gabinete, y que en la Constitución de la Ciudad Autónoma se llama Ministro Coordinador, no es mandatorio sino que, al adoptar el verbo modal “puede”, establece una posibilidad. En efecto, el Poder Ejecutivo de la Ciudad “[p]uede nombrar un Ministro Coordinador, el que coordina y supervisa las actividades de los ministros y preside sus acuerdos y sesiones del Gabinete en ausencia del Jefe de Gobierno”.³⁴ De ello se infiere que se adoptó la expresión Ministro Coordinador en lugar de Jefe de Gabinete; se calificó a ese nombramiento como posibilidad o facultad y no como deber; se difirió, en síntesis, a la discrecionalidad de la Jefatura del Gobierno tal nombramiento. Sin embargo, como apunta la doctrina, se dejó plasmado en el texto constitucional que el Ministro Coordinador “supervisa la actividad de los ministros”,³⁵ brindando un claro signo acerca de su posición orgánica jerárquica respecto de los demás ministros. Todos estos aspectos evidencian modulaciones en relación con la Constitución Nacional, artículo 99, inciso 7, y artículo 100.

Perdón

Según el inciso 18, la Jefatura de Gobierno de la Ciudad tiene competencia para “perdonar”, es decir, para indultar o conmutar penas; ello sujeto a las limitaciones que el propio texto constitucional establece, donde se advierten mayores exigencias que en la Constitución Nacional. Similar competencia asiste a los poderes ejecutivos provinciales.³⁶

lugar en materia de subíndice de Educación, con excelentes resultados también en Agua y Servicios Sanitarios, Equidad Social y Conectividad.

34. El destacado es propio.

35. Dalla Via, Alberto R., *op. cit.*, pp. 141-142.

36. Ver, a modo de ejemplo, la Constitución de Córdoba, art. 144.8, disponible en: <http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/%28vLeyesxNro%29/CPoo?OpenDocument> (último acceso: 10/08/2016); la Constitución de Mendoza, art. 128.5, disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/mendoza.htm> (último acceso: 10/08/2016); y la Constitución de Neuquén, art. 214, disponible en: <http://www1.diputados.gov.ar/dependencias/dip/congreso/constitucionesprovinciales/ConsNeuquen.pdf> (último acceso: 10/08/2016); entre muchas otras.

El ámbito de competencia para indultar o conmutar penas queda determinado por el precedente “Corrales”,³⁷ pues allí se impide la equiparación entre tribunales federales y nacionales; se le reconoce a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires su autonomía y se concluye que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio, con continuidad supeditada a que tengan lugar los convenios de transferencia de competencias correspondientes; y quedan exhortadas las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional.

Relaciones exteriores

El tercer inciso del artículo 104, en materia de relaciones exteriores, habilita a la Jefatura de Gobierno de la Ciudad para la conclusión y firma de tratados, convenios y acuerdos internacionales e interjurisdiccionales. También puede el Jefe de Gobierno celebrar convenios con entes públicos nacionales, provinciales, municipales y extranjeros y con organismos internacionales, y acuerdos para formar regiones con las provincias y municipios, en especial con la Provincia de Buenos Aires y sus municipios respecto del área metropolitana. Ellos serán ratificados por la Legislatura bajo el artículo 80, inciso 8. Existe cuidadosa publicación en línea de los internacionales,³⁸ sin perjuicio de la publicación de todos los convenios.³⁹

Otras competencias

Otras vitales competencias son ejercidas por la Jefatura de Gobierno, y ellas surgen de la tabla comparativa, sin embargo por razo-

37. “Presentante: Corrales, Guillermo G. y otro s/hábeas corpus”, Fallos: 338:1517 (2015).

38. Ver, con provecho: Comité de Estudios sobre las Provincias en el Plano Internacional Proyecto de investigación documental, “Sistematización y publicación online de los Convenios Internacionales celebrados por gobiernos locales. Convenios internacionales celebrados por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Período 1994-2012”, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, agosto de 2013. Disponible en: <http://www.cari.org.ar/pdf/provincias-convenios-caba.pdf> (último acceso: 12/10/2016).

39. Ciudad y Derechos, “Convenios”. Disponible en: http://www.ciudadyderechos.org.ar/convenios_m.php?id=319 (último acceso: 12/08/2016).

nes de extensión se omite su comentario, sin perjuicio de la remisión a obras especializadas.⁴⁰

Competencias implícitas

El último inciso del artículo anotado consagra, en forma expresa, competencias implícitas en cabeza de la Jefatura de Gobierno de la CABA, pues esta ejerce “[l]as demás atribuciones que le confieren la presente Constitución y las leyes que en su consecuencia se dicten”. Por imperio del principio de legalidad, esas competencias surgirán de la Constitución local y de las leyes posteriores a esta. El dato no es menor, especialmente si se considera el debate que en torno a la admisión de los poderes implícitos se suscitó en la jurisprudencia federal en relación con el Poder Ejecutivo nacional.⁴¹

Por último, recordemos que los poderes implícitos también han sido convalidados en relación con el Poder Judicial⁴² y, por supuesto, el Poder Legislativo,⁴³ en este último caso, a tenor del texto expreso constitucional nacional y local.

40. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Colautti, Carlos E. (comp.), *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentada*, Buenos Aires, Universidad, 1996; Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1996; Gil Domínguez, Andrés, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Un recorrido crítico*, Buenos Aires, Eudeba, 1997; Ferreyra, Raúl Gustavo, *La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Estudio de la Ley Fundamental porteña. Texto constitucional completo*, Buenos Aires, Depalma, 1997; entre otros.

41. “Rodríguez, Jorge - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/plantea cuestión de competencia”, Fallos: 320:2851 (1997). Repárese, empero, en las importantes limitaciones provenientes de “Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer”, 343 U.S. 579 (1952), restringiendo el poder del Ejecutivo para tomar la propiedad privada en ausencia de habilitación constitucional o legal formal.

42. “Pérez de Smith, Ana María y otros”, Fallos: 297:338 (1977) y Fallos: 300:1282 (1978).

43. Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cit. n. 2, art. 80, inc. 1: “toma todas las decisiones previstas en esta Constitución para poner en ejercicio los poderes y autoridades”; y art. 75, inc. 32 CN: “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución...”. Tal paralelo es evidente en el voto del juez Luis Lozano, apartado 5.3 en Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expte. N° 11806/2015 “Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Norte de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Legajo de juicio en autos Pouso, Aldo Francisco s/art. 54, colocar o arrojar sustancias insalubres o cosas dañinas en lugares públicos, CC’”, del 23/05/2016.

Artículo 105

Son deberes del Jefe de Gobierno:

- 1. 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.**
- 2. Registrar todos los contratos en que el Gobierno sea parte, dentro de los diez días de suscriptos, bajo pena de nulidad. Los antecedentes de los contratistas y subcontratistas y los pliegos de bases y condiciones de los llamados a licitación deben archivarse en el mismo registro, dentro de los diez días de realizado el acto de apertura. El registro es público y de consulta irrestricta.**
- 3. Abrir las sesiones ordinarias de la Legislatura y dar cuenta del estado general de la administración. Convocar a sesiones extraordinarias cuando razones de gravedad así lo requieren, como también en el caso previsto en el artículo 103, si la Legislatura estuviere en receso.**
- 4. Proporcionar a la Legislatura los antecedentes e informes que le sean requeridos.**
- 5. Ordenar el auxilio de la fuerza pública a los tribunales, a la Legislatura, y a las Comunas cuando lo soliciten.**
- 6. Disponer las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas de higiene, seguridad y orden público.**
- 7. Ejecutar los actos de disposición de los bienes declarados innecesarios por la Legislatura.**
- 8. Acordar el arreglo de la deuda de la Ciudad y remitir el acuerdo a la Legislatura para su aprobación.**
- 9. Presentar ante la Legislatura el proyecto de Presupuesto de Gastos y Recursos de la Ciudad y de sus entes autárquicos y descentralizados.**
- 10. Enviar a la Legislatura las cuentas de inversión del ejercicio vencido antes del cuarto mes de sesiones ordinarias.**
- 11. Convocar a elecciones locales.**
- 12. Hacer cumplir, como agente natural del Gobierno Federal, la Constitución y las leyes nacionales.**

DEBERES DEL PODER EJECUTIVO

Por Estela B. Sacristán

COMPARACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

En la siguiente tabla, se compara este artículo de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA) con sus correspondientes en la Constitución Nacional (CN).

Constitución Nacional	Constitución de la CABA
<p>“Artículo 71. Cada una de las Cámaras puede hacer venir a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes”.</p> <p>“Artículo 100, inciso 11. Al Jefe de Gabinete de Ministros [...] corresponde: Producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo”.</p>	<p>“Son deberes del Jefe de Gobierno:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 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. 2. Registrar todos los contratos en que el Gobierno sea parte, dentro de los diez días de suscriptos, bajo pena de nulidad. Los antecedentes de los contratistas y subcontratistas y los pliegos de bases y condiciones de los llamados a licitación deben archivarse en el mismo registro, dentro de los diez días de realizado el acto de apertura. El registro es público y de consulta irrestricta”. “4. Proporcionar a la Legislatura los antecedentes e informes que le sean requeridos”. “3. [...] dar cuenta del estado general de la administración”.

Constitución Nacional	Constitución de la CABA
<p>“Artículo 99, inciso 8. El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 8. Hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso [...] dando cuenta en esta ocasión del estado de la Nación, de las reformas prometidas por la Constitución, y recomendando a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes”.</p>	
<p>“Artículo 99, inciso 8. El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 8. Hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, reunidas al efecto ambas Cámaras...”.</p> <p>“Artículo 63. Ambas Cámaras [...] [p]ueden también ser convocadas extraordinariamente por el Presidente de la Nación...”.</p> <p>“Artículo 99, inciso 9. El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 9. Prorroga las sesiones ordinarias del Congreso, o lo convoca a sesiones extraordinarias, cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera”.</p>	<p>“3. Abrir las sesiones ordinarias de la Legislatura...”.</p> <p>“3. [...] Convocar a sesiones extraordinarias cuando razones de gravedad así lo requieren, como también en el caso previsto en el artículo 103, si la Legislatura estuviere en receso”.</p> <p>“11. Convocar a elecciones locales”.</p>
<p>“Artículo 75, inciso 7. Corresponde al Congreso [...] 7. Arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación”.</p> <p>“Artículo 100, inciso 6. Al Jefe de Gabinete de Ministros [...] corresponde: 6. Enviar al Congreso los proyectos de ley de [...] presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de Gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo”.</p>	<p>“7. Ejecutar los actos de disposición de los bienes declarados innecesarios por la Legislatura”.</p> <p>“8. Acordar el arreglo de la deuda de la Ciudad y remitir el acuerdo a la Legislatura para su aprobación”.</p> <p>“9. Presentar ante la Legislatura el proyecto de Presupuesto de Gastos y Recursos de la Ciudad y de sus entes autárquicos y descentralizados”.</p>

Constitución Nacional	Constitución de la CABA
<p>“Artículo 99, inciso 10. El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 10. Supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de gabinete de ministros respecto de la recaudación de las rentas da la Nación y de su inversión...”.</p> <p>“Artículo 75, inciso 8. Corresponde al Congreso [...] aprobar o desechar la cuenta de inversión”.</p>	<p>“10. Enviar a la Legislatura las cuentas de inversión del ejercicio vencido antes del cuarto mes de sesiones ordinarias”.</p>
<p>“Artículo 128. Los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación”.</p>	<p>“12. Hacer cumplir, como agente natural del Gobierno Federal, la Constitución y las leyes nacionales”.</p> <p>“6. Disponer las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas de higiene, seguridad y orden público”.</p> <p>“5. Ordenar el auxilio de la fuerza pública a los tribunales, a la Legislatura, y a las Comunas cuando lo soliciten”.</p>

ALGUNAS REFLEXIONES

La noción de *deber*, expresamente empleada en el artículo 105, ofrece un interrogante similar al formulado ante el artículo 104, relativo a su articulación frente al concepto de competencia.

Desde la esfera constitucionalista, Linares Quintana afirma que

... no sólo derechos tiene el hombre en su actuación en la sociedad. En el Estado de derecho, el individuo no goza de una libertad absoluta sino relativa, limitada por los derechos de los demás y por el interés de la sociedad. Vale decir, que a los derechos del individuo corresponden deberes y obligaciones.¹

1. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, T. 4, p. 137.

Así las cosas, el concepto de deber parecería confinado al mundo de los individuos, pero el texto constitucional aquí anotado le fija deberes a un órgano estatal. Por su parte, Alchourrón, desde la teoría del Derecho, diferencia deberes categóricos, incondicionales, inderrotables, incondicionales derrotables, incondicionales inderrotables, condicionales derrotables.² Ello conduciría a preguntarse a cuáles se referiría el artículo objeto de estas reflexiones.

Puede decirse que, a diferencia del término “obligación”, proveniente del Derecho romano con su impronta religioso-jurídica, el término “deber” tiene un contenido moral y se asocia a la idea de virtud, pero es un concepto que, en definitiva, determina la concepción que se tenga sobre el derecho y la norma.³ Asociado o no a la idea de coacción, según se adopte o no la tesis positivista, se advertiría que cualquier norma jurídica prescriptiva contiene una obligación, un deber, pues prescribe. De allí, inclusive, la vinculación entre deber y oficio en el sentido de “servicio señalado”.⁴

¿Qué significará que un órgano estatal tenga deberes (en nuestro caso, impuestos constitucionalmente)? Si se considera la nota de obligación ínsita en el concepto de deber –que incluso lleva a Hart⁵ a considerar que ambos términos son equivalentes–, se concluirá que, sustancialmente, deber es competencia, ya que esta es obligatoria, como se dijo al comentar el artículo 104. Por ende, los deberes del artículo 105 son competencias; mas, a diferencia de las facultades y atribuciones del artículo 104, que serán ejercidas de tanto en tanto, según las condiciones, circunstancias, oportunidad, entre otros factores, los deberes del artículo 105 son de ejercicio insoslayable en el tiempo. Ello determinaría –entendemos– diferencias respecto de su exigibilidad

2. Alchourrón, Carlos E., *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010.

3. López Hernández, José, “El deber jurídico. Historia del concepto y sus relaciones con el deber moral”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. A. (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pp. 1033 y 1053.

4. Sobre el concepto de oficio, ampliar en Méndez, Aparicio, *La teoría del órgano*, edición definitiva, Amalio M. Fernández, Montevideo, 1971, pp. 82-83. El sentido indicado de oficio como “servicio señalado” se basa en las *Partidas*, allí citadas.

5. Hart, H. L. A., *The Concept of the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2º ed., 1994, p. 7.

por parte de los particulares en aquellos supuestos en que a ellos esté dirigida la prescripción constitucional.

Las competencias del artículo 105 serían agrupables de la siguiente manera:

Transparencia

Nos permitimos agrupar, bajo esta categoría, competencias de la Jefatura de Gobierno relativas al deber de poner a disposición de la ciudadanía toda la información y documentación atinente a la gestión de Gobierno de la Ciudad (inciso 1); registrar públicamente, con consulta irrestricta, todos los contratos en que el Gobierno sea parte dentro del plazo fijado bajo pena de nulidad y archivar los antecedentes de contratistas y subcontratistas y los pliegos dentro del plazo fijado (inciso 2); dar cuenta del estado general de la administración ante la Legislatura (inciso 3); y proporcionar a la Legislatura antecedentes e informes que le sean requeridos (inciso 4).

Ante la ciudadanía

Respecto de la puesta a disposición de toda la información y documentación, se recordará una de las primeras leyes que honraron a la Ciudad de Buenos Aires: la Ley N° 104,⁶ de 1998, de acceso a la información. Esta ley –verdadero modelo regulador de ese acceso–, conforme su artículo 1, establece una legitimación activa amplísima (a favor de “[t]oda persona”); otorga un derecho (en la especie, subjetivo, y no un interés legítimo o un interés simple); consagra el principio de publicidad de los actos de gobierno; permite, al particular, solicitar y a recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna; establece legitimados pasivos determinados (“cualquier órgano perteneciente a la Administración central, descentralizada, de entes autárquicos, Empresas y Sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y 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 y del Judicial, en cuanto a

6. Se consulta el texto publicado disponible en: <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley104.html> (último acceso: 15/08/2016).

su actividad administrativa, y de los demás órganos establecidos en el Libro II de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires”). Por su parte, el artículo 2 de la citada Ley N° 104 establece que “[s]e considera como información (...), cualquier tipo de documentación que sirva de base a un acto administrativo, así como las actas de reuniones oficiales”. Se trata de una ley que hace realidad no sólo el artículo 105, inciso 1, sino también el artículo 1 de la CCABA, que establece, con sano espíritu republicano, que “todos los actos de gobierno son públicos”.⁷ Finalmente, cabe recordar que, según el artículo 26, inciso 14, de la Ley de Ministerios local N° 5460,⁸ de 2015, es el Ministerio de Gobierno el que entiende “en los procedimientos que faciliten el libre acceso a la información pública”, con lo que se concreta, en el plano formal, la importante garantía sustancial acordada.

La registración de contratos en que el Gobierno sea parte y el archivo de antecedentes y pliegos se corresponde con la importancia económica de los mismos sin perjuicio de su interés para la docencia y la investigación académica. Se advierte, en el texto constitucional, la adopción del criterio subjetivo en la calificación de aquellos contratos que sean pasibles de registración (“contratos en que el Gobierno sea parte”). Debe apuntarse que el criterio subjetivo no se emplea, en el inciso 2, para calificar un contrato como administrativo, sino sólo a los fines de darlo por comprendido en el deber de registración. Por ende, cabría interpretar que, sin importar con quién contrate el Gobierno de la Ciudad, el respectivo contrato estará alcanzado por el deber de registración. Lo mismo cabe predicar acerca del sistema de contratación adoptado –competitivos, por contratación directa, etc.– a los fines de registrarlo pues la manda constitucional no efectúa distinción alguna. De otra parte, “Gobierno” significará “Gobierno de la Ciudad”, tal como surge del Libro Segundo de la Constitución local.⁹ La registra-

7. Ampliar en Basterra, Marcela I., “El derecho de acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A propósito del caso ‘Pérez Esquivel’”, en *VV. AA., Quince años, quince fallos. A 15 años de la creación del fuero Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Jusbaire, 2015, pp. 311-336.

8. Ver: <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley5460.html> (último acceso: 03/10/2016).

9. Por ende, la expresión comprenderá a una Convención Constituyente; al Poder Legislativo; al Poder Ejecutivo, Jefatura de Gabinete y Gabinete; al Poder Judicial, Consejo de la Magistratura, Ministerio Público; Comunas; y a los órganos de control.

ción establecida es mandatoria, con amenaza de nulidad del contrato si no se la efectuare en el plazo, configurando una verdadera norma jurídica en la tradición positivista.

Ante el carácter general y omnicompreensivo de la manda constitucional, se percibiría la exclusión de toda posibilidad de contratación secreta o reservada no registrable, a juego con la jurisprudencia que interpreta que ello significaría

... instituir un ámbito de la actividad administrativa al margen de la legalidad y del correlativo deber de dar cuenta de los antecedentes de hecho y derecho en virtud de los cuales se decide y de observar exclusivamente los fines para los que fueron conferidas las competencias respectivas, entre ellas, la de contratar.¹⁰

Tal temperamento se ve corroborado por el carácter irrestricto de la consulta del registro, que es público.

Ante la Legislatura

Ante la Legislatura –y dados los modernos medios de comunicación, ante la ciudadanía toda– la Jefatura de Gobierno da cuenta del estado general de la administración (inciso 3) y ello es manifestación de la *accountability*, es decir, el que los gobernantes rindan cuentas ante la ciudadanía.¹¹ Se trataría de una competencia distinta de la prevista en el artículo 34 de la Ley de Ministerios local N° 5460,¹² de 2015, que establece que “El Ministro Coordinador o Jefe de Gabinete de Ministros debe concurrir a la Legislatura dos (2) veces por año, en junio y noviembre, para informar sobre la marcha del Plan General del Gobierno.” Así, el titular del Poder Ejecutivo, bajo la Constitución local, informa sobre el estado general de la Administración, y el Jefe de Gabinete, bajo la ley formal, informa sobre la marcha del citado Plan.

Por último, la Jefatura de Gobierno debe proporcionar a la Legislatura aquellos antecedentes e informes que le sean requeridos (inciso 4)

10. “S.A. Organización Coordinadora Argentina c/Secretaría de Inteligencia de Estado”, Fallos: 321:174 (1998).

11. Craig, P. P., *Administrative Law*, Londres, Thomson Sweet & Maxwell, 5° ed., 2003, p. 223.

12. Texto disponible en: <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley5460.html> (último acceso: 15/08/2016).

y ello es manifestación del principio de unidad de acción, conforme al cual se espera la colaboración entre los órganos del Estado en pos del objetivo común de bien general.¹³

Políticas

El Jefe de Gobierno, bajo el inciso 3, abre las sesiones ordinarias de la Legislatura, y convoca a sesiones extraordinarias cuando razones de gravedad así lo requiriesen y en el supuesto del artículo 103, v. gr., para la ratificación de los decretos de necesidad y urgencia. Se destaca, en este punto, el exigente tratamiento de los comúnmente denominados DNyU, tal que no se imposibilite el cumplimiento del deber que se le impone a la Legislatura bajo el artículo 91 de la Constitución local de ratificar¹⁴ (o rechazar) el decreto de necesidad y urgencia de que se trate.

Además, la Jefatura de Gobierno convoca a elecciones locales por el inciso 11. Bajo la Ley de Ministerios local N° 5460,¹⁵ de 2015, artículo 18, inciso 24, corresponde al Ministerio de Justicia y Seguridad

Organizar las estructuras de asistencia técnica y ejecución de la convocatoria electoral, el financiamiento de los partidos políticos y los institutos de la democracia participativa, tanto en el orden de la Ciudad como en el de las Comunas en coordinación con el Ministerio de Gobierno.

Y conforme a la Ley N° 875,¹⁶ de 2002, el Poder Ejecutivo de la Ciudad deberá “convocar a elecciones de Jefe/a de Gobierno, Vicejefe/a de Gobierno y Diputados y Diputadas de la Ciudad en fechas distintas a

13. Ver Conte-Grand, Julio, “Tres poderes, un Estado”, en *Carta de Noticias de la procuración General*, Año 1, n° 2, 18/03/2013. Disponible en: http://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/pg_caba_-_carta_de_noticias_marzo_2013.pdf (último acceso: 14/08/2016): “La necesaria independencia entre los Poderes del Estado (funciones del poder, en otra perspectiva) no puede derivar en un conflicto que se torne sistemático y en definitiva autodestructivo. Mi intención es destacar las virtudes del consenso, la unidad de las particularidades (respeto a las diferencias sobre la base de coincidencias), y la necesidad de una política de Estado integral que reúna –en el disenso– a los tres Poderes”.

14. Acerca de esta ratificación constitucionalmente establecida, como avance saludable, véase Gelli, María Angélica, “La Constitución estatuyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en Midón, Mario A. R. (dir.), *Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires. Comentadas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp. 75-97, esp. p. 87.

15. Texto disponible en: <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley5460.html> (último acceso: 15/08/2016).

16. Texto disponible en: <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley875.html> (último acceso: 16/08/2016).

la fijada por el Poder Ejecutivo Nacional para elegir Presidente/a de la Nación y Vicepresidente/a de la Nación”.¹⁷

Materias de contenido económico-financiero

La Jefatura de Gobierno de la Ciudad debe ejecutar los actos de disposición de los bienes declarados innecesarios por la Legislatura (inciso 7). Por ejemplo, mediante la Ley N° 5511,¹⁸ de 2016, se regulan los actos de disposición de los bienes declarados innecesarios por la Legislatura local, lo cual se hace, cfr. artículo 2, según los “principios de eficacia, eficiencia, aprovechamiento de los recursos e incorporación gradual y progresiva de criterios de sustentabilidad y de modernización de la Administración Pública”. Por ende, se apunta a la efectiva disposición de esos bienes, al menor costo económico con el mayor beneficio, obteniendo ventaja de los recursos e incorporando modernos criterios.

También debe la Jefatura de Gobierno acordar el arreglo de la deuda de la Ciudad y remitir el acuerdo a la Legislatura para su aprobación (inciso 8). Tal temperamento, en materia de deuda pública, refleja parte de tres estadios diferentes pero interrelacionados:¹⁹ crédito público (como aptitud del Estado para obtener dinero o bienes en préstamo sobre una base de confianza); empréstito que se emite (materialización de esa aptitud); y deuda pública resultante (total de obligaciones por los distintos empréstitos no amortizados). Esas tres instancias se hallan reflejadas con cierta nitidez en la CCABA: artículo 80, inciso 14 (contraer obligaciones de *crédito* público interno y externo); artículo 9, inciso 8 (ingresos por *empréstitos*); artículos 81 inciso 6, y 105 inciso 8 (acuerdos sobre *la deuda* de la Ciudad; arreglo de la deuda de la Ciudad). Todo ello, bajo la directriz del artículo 53 de dicha Constitución,

17. Una crítica al desdoblamiento del cronograma puede verse en Ventura, Adrián, “Dalla Via y Corcuera: ‘El sistema se debe cambiar, pero el Congreso y el Poder Ejecutivo no escuchan’”, en *La Nación*, 06/09/2015. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1825532-dalla-via-y-corcuera-el-sistema-se-debe-cambiar-pero-el-congreso-y-el-poder-ejecutivo-no-escuchan> (último acceso: 15/08/2016), *in fine*.

18. Disponible en: <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley5511.html> (último acceso: 15/08/2016).

19. Cfr. Oría, Salvador, *Finanzas*, Buenos Aires, Guillermo Kraft Ltda., 1948, T. III, p. 108.

conforme al cual “Toda operación de crédito público, interno o externo es autorizada por ley con determinación concreta de su objetivo”.

El Ejecutivo de la Ciudad también debe presentar, ante la Legislatura, el proyecto de Presupuesto de Gastos y Recursos de la Ciudad y de sus entes descentralizados incluso en grado de autarquía (inciso 9) para que sea aprobado por la correspondiente ley, cfr. artículo 53. En la materia rige el principio cardinal de que no hay gasto sin recurso (artículo citado), y la sana veda de incluir, en el mismo, disposiciones de carácter permanente.

Asimismo, el Jefe de Gobierno debe enviar a la Legislatura las cuentas de inversión del ejercicio vencido antes del cuarto mes de sesiones ordinarias (inciso 10). La cuenta de inversión será objeto de dictamen por la Sindicatura General bajo el artículo 133 y la Auditoría General bajo el artículo 135; la Legislatura, por el artículo 80, inciso 13, “considera la cuenta de inversión del ejercicio anterior, previo dictamen de la Auditoría”.

Cumplimiento de normas. Fuerza pública

Se reitera, en el inciso 12, la preocupación de la CCABA por el cumplimiento o ejecución de las normas, en el caso, la Constitución y las leyes nacionales. Se trata de que las mismas sean cumplidas.²⁰ Al igual que los gobernadores, que son agentes naturales del Gobierno nacional en ese cumplimiento,²¹ el Jefe de Gobierno debe ejecutar tal cometido, dentro de su ámbito de competencia.

En materia de poder de policía, los deberes que pesan sobre la Jefatura de Gobierno según lo prescripto en el artículo 105, inciso 6, son los que clásicamente han correspondido al ejercicio de dicho poder en su concepción originaria, en el Derecho anglonorteamericano:²² se hallarán comprendidas las razonables medidas necesarias para el

20. Dalla Via, Alberto R., *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1996, p. 143.

21. “Galaburri, Tadeo c/Yanci, Zacarías”, Fallos: 6:179 (1868); “INVERLAC S.A.C.I.”, Fallos: 276:222 (1970).

22. Se afirmó en “Jacobson v. Massachusetts”, 197 U.S. 11 (1905): “De acuerdo con los principios establecidos, el poder de policía de un Estado debe ser considerado abarcador de, al menos, tales razonables regulaciones establecidas directamente por acto legislativo protectoras de la salud pública y la seguridad pública. ‘Gibbons v. Ogden’, 9 Wheat. 1, 203, 6 L. ed. 23, 71; ‘Hannibal & St. J. R. Co. v. Husen’, 95 U.S. 465, 470, 24 S. L. ed. 527, 530; ‘Boston Beer Co. v. Massachusetts’, 97 U.S. 25, 24 L. ed. 989; ‘New Orleans Gaslight Co. v.

cumplimiento de las normas de higiene, seguridad y orden público.²³ Al aludirse al cumplimiento de “normas”, la Constitución indica que se podrá tratar de la puesta en ejecución tanto de leyes formales como de reglamentos administrativos. En uno y otro caso se presupone que su dictado se concretó dentro del marco de competencia prefijado al órgano emisor. Mas debe ponerse de resalto la obligatoriedad de tenerse que disponer las medidas necesarias para que se efectivicen. También debe la Jefatura de Gobierno “ordenar” el auxilio de la fuerza pública cuando lo soliciten los Tribunales, la Legislatura, y las Comunas (inciso 5),²⁴ en enumeración que puede considerarse taxativa.

Louisiana Light & H. P. & Mfg. Co.', 115 U.S. 650, 661, 29 S. L. ed. 516, 520, 6 Sup. Ct. Rep. 252; 'Lawson v. Stecle', 152 U.S. 133, 38 L. ed. 385, 14 Sup. Ct. Rep. 499”.

23. “Empresa Plaza de Toros quejándose de un decreto expedido por el Gobierno de Buenos Aires”, Fallos: 7:150 (1869), esp. p. 153; “Comité Radical Acción c/ Resolución Jefe de Policía de la Capital”, Fallos: 156:81 (1929): “Si las facultades policiales de los poderes locales para velar por el orden, la tranquilidad, la moral y la higiene pública han sido repetidamente reconocidas como inherentes a las autoridades provinciales (...), no puede negarse a las autoridades del distrito federal el derecho de tomar injerencia sobre las reuniones públicas ni la posibilidad de dictar leyes y reglamentos generales (...), encaminados a llenar aquellos fines, siempre que sean razonables, uniformes y no impliquen, en el hecho, un efectivo desconocimiento del derecho (...), con violación de lo prescripto por el art. 28 de la Constitución”; “Piccione Cayetano S. A. Ltda. c/ Reyes, Alberto”, Fallos: 252:26 (1962): “Las provincias pueden, en el ejercicio del poder de policía, legislar sobre la seguridad, moralidad e higiene, e incluso el orden y la paz del trabajo, y dictar normas para la aplicación jurisdiccional de las leyes comunes”.

24. A modo de ejemplo, véase art. 13, Ley N° 12 de 1998, de Procedimiento Contractual.

TÍTULO QUINTO Poder Judicial

INTRODUCCIÓN: EL PODER JUDICIAL COMO MEDIDA DE LA AUTONOMÍA

Por Marcelo Pablo Vázquez

“... estamos aquí reclamando la autonomía plena para la Ciudad de Buenos Aires, el derecho que tenemos de determinar la forma y la fecha para convocar a elecciones para elegir a la Legislatura, insisto, no pedimos para Buenos Aires nada más que el derecho que tienen todos los habitantes de la República” (Palabras del Sr. convencional Jozami del Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la CABA de 1996).

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aborda en este Título, que se extiende desde el artículo 106 al 126, todo lo relativo a la competencia del Poder Judicial de la CABA, su estructura e integración y los límites que se le imponen al Poder Ejecutivo y Legislativo en materia jurisdiccional. Asimismo, este título se encuentra compuesto por seis capítulos en los cuales la Ley Fundamental local, luego de enunciar las disposiciones generales antes mencionadas, introduce a los representantes del Poder Judicial porteño. De tal modo, se enuncian la composición y los roles del Tribunal Superior de Justicia de la CABA –Capítulo II–, del Consejo de la Magistratura de la CABA –Capítulo III–, de los Tribunales de la Ciudad –Capítulo IV–, del Jurado de Enjuiciamiento –Capítulo V– y del Ministerio Público –Capítulo VI– integrado a su vez por el Ministerio Público Fiscal, de la Defensa y Tutelar.

El análisis y desarrollo de cada uno de estos actores sería una empresa desmesurada a los fines de efectuar un comentario a este Título de la Constitución porteña. Es por ello que resulta oportuno reflexionar acerca del Poder Judicial de la CABA en torno a dos cuestiones de suma importancia y que, a veinte años de la sanción de este cuerpo normativo, todavía no se encuentran debidamente resueltas y continúan siendo materia de debate. De tal modo, es menester efectuar un pequeño análisis con relación a la *autonomía de la Ciudad de Buenos Aires* –que trae apa-

rejada una mirada sobre las competencias materiales de los Tribunales de Justicia locales— y al derecho de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) le reconozca competencia originaria —en los términos del artículo 117 CN—.

SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA CABA Y SU REPERCUSIÓN EN LA COMPETENCIA MATERIAL DE SUS TRIBUNALES DE JUSTICIA

A casi 500 años de su primera fundación, la inserción institucional de la “Buenos Aires Ciudad”¹ en la Federación es una cuestión inconclusa.

En un principio por su capitalización y luego por su autonomía, la historia Argentina está marcada por los vaivenes respecto de los derechos de los porteños; de ser el centro del poder político y condicionar económicamente al resto de las provincias a través del puerto, a constituirse en la capital de la Nación, para finalmente alumbrar como el Estado veinticuatro de la Federación producto de la reforma constitucional de 1994.

Derivado de todo este traumático proceso, aún hoy los porteños somos los ciudadanos argentinos con menores derechos efectivos. Curiosamente, aquella “disolución” del territorio federal que constituía la Ciudad de Buenos Aires y su reconocimiento como nuevo Estado dispuesto por una asamblea constituyente careció del imperio que habría tenido una simple ley de provincialización dictada por el Congreso de la Nación en ejercicio de la facultad reconocida a esos efectos en el artículo 75 inciso 15 de la Constitución Nacional (CN). Por el contrario, el Congreso Nacional limitó el alcance del artículo 129 CN a través de la Ley N° 24588.

En cuanto a la restricción de derechos, es importante señalar que hasta 1996, los habitantes de esta ciudad no podían elegir sus autoridades, lo cual finalmente fue resuelto con la sanción de la Constitución local.

Empero, hasta hoy día, no les es posible elegir a sus jueces a través de sus representantes. O cuanto menos, a todos los jueces que pueden seleccionar los habitantes del resto de las provincias argentinas.

1. Bidart Campos, Germán, *Historia política y constitucional argentina*, Buenos Aires, Ediar, 1977, T. II, p. 103 y ss.

Este tema será abordado con mayor profundidad posteriormente en este comentario.

Al respecto, es importante tener presentes las palabras de la Presidenta de la Asamblea Estatuyente, señora Graciela Fernández Meijide:

El 30 de junio pasado los ciudadanos de Buenos Aires emitieron su voto para concretar un sueño largamente acariciado y que durante años estuvo cercenado: ejercer plenamente sus derechos políticos al elegir las autoridades que han de regir nuestros asuntos colectivos.²

Ahora bien, tal como señalara anteriormente, la reforma constitucional de 1994 significó la tercera fundación de la Ciudad de Buenos Aires, en este caso como Estado autónomo, integrante del sistema federal argentino.

En buena medida así fue interpretado por quienes fueron elegidos para dictar su Ley Fundamental. Vale la pena recordar las palabras del Sr. constituyente de 1996 Jorge Martín Argüello, en cuanto señaló que

La autonomía de un Estado se define a partir de dos conceptos: el primero de ellos es la capacidad cierta de poder definir la norma suprema, y el segundo es la capacidad concreta de poder decidir y definir cuáles son las instituciones de gobierno que va a tener ese Estado. A partir entonces de definir a esta representación como la más importante de la historia de la ciudad, creo que lo primero que debemos aclarar es que no estamos aquí reunidos para debatir una nueva ley orgánica de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, sino que –siendo contestes con los dichos en oportunidad del debate del Reglamento–, interpretamos que estamos aquí para definir, votar y jurar la norma suprema de esta ciudad y a la que hemos elegido denominar como Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.³

En la Constitución Nacional, la definición de la forma de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires viene dada por el artículo 129 CN,⁴ ya que al integrarla al sistema federal argentino le impone necesariamente la

2. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la CABA de 1996.*

3. Ídem.

4. Artículo 129: “La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su Jefe de Gobierno será elegido directamente por el pueblo de la Ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado Nacional, mientras la Ciudad sea capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto por este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la Ciudad de

forma republicana representativa; es decir, gobernantes elegidos por el pueblo, división de poderes, igualdad ante la ley y publicidad de los actos de gobierno, entre otros.

En consecuencia, nuestros constituyentes en el artículo 1 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA) adoptaron la democracia participativa en el marco del modelo precitado, y se dieron el trato equivalente al que el artículo 121 CN les otorga a las provincias, reservándose el ejercicio de los poderes no delegados. Dentro de ellos se encuentra la aplicación del derecho común en la medida que las cosas o las personas cayeren bajo su jurisdicción y no afectaren los intereses del Estado Nacional; conocer en los juicios criminales ordinarios mediante el sistema de jurados (artículo 118, CN); exigir la extradición de criminales (artículo 8 CN); e indultar penas por delitos comunes sujetos a jurisdicción criminal (artículo 99.5 CN).

Salvo la última, todas las anteriores son atribuciones propias del Poder Judicial de la Ciudad.

El ejercicio de estos poderes, o la pretensión de hacerlo, colisiona con la Ley N° 24588, toda vez que su artículo 2 invirtió la regla precitada y, mediante su artículo 8, preservó para la Nación la justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires. Tan sólo le concedió al nuevo Estado Autónomo de la Ciudad jurisdicción en las materias de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso administrativa y tributaria.

A partir de la inversión del principio establecido en el artículo 121 CN, la Nación pasa a conservar todo el poder no atribuido por la Constitución a la Ciudad y aun aquellos cuyo alcance no estuvo a criterio del legislador nacional debidamente delimitado; por caso, las facultades jurisdiccionales al priorizar la interpretación literal del artículo 75 inciso 12 por sobre la sistemática del artículo 129, ambos de la Constitución Nacional.

En relación con lo manifestado precedentemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se limitó a acompañar los vaivenes políticos sin establecer criterios definitivos, aunque asumiendo una interpretación restrictiva de las normas constitucionales contradictoria con los métodos interpretativos tradicionalmente aplicados en estos casos.

Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones”.

En sus diversos pronunciamientos –especialmente a partir del precedente “Gauna”–,⁵ concluyó, salvo algún pronunciamiento aislado, que la Ciudad de Buenos Aires no es una provincia ya que detenta un estatus jurídico diverso al de estas, tan sólo intermedio entre las provincias y los municipios.

A pesar de ello, a dos décadas de vigencia de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la limitación establecida en el artículo 8 de la Ley N° 24588 ya no es total, como tampoco lo es la originaria restricción de ejercer las funciones de seguridad con fuerzas policiales propias.

Así, de manera efectiva desde el 28 de diciembre de 2003, la Ciudad de Buenos Aires posee facultades jurisdiccionales en materia penal y ello acontece aun cuando aquella norma mantiene su vigencia.

Progresivamente, otras decisiones legislativas fueron flexibilizando el criterio rígido establecido en la Ley N° 24588. Primero la Ley N° 25320 –Ley de Fueros– que reconoció la posibilidad de ejercicio de acción penal a “un legislador, funcionario o magistrado sujeto a desafuero, remoción o juicio político” por parte de un juez de la Ciudad de Buenos Aires; luego, las leyes que aprobaron los dos convenios de transferencia de competencias penales; finalmente, la Ley N° 26702, que prevé la transferencia de nuevos delitos, y la Ley N° 26735, que atribuye competencia en los delitos de evasión de tributos locales a las provincias y la ciudad en un pie de igualdad, son claros ejemplos de ello.

La modalidad alternativa de transferencia de servicios judiciales vía convenios tuvo como anticipo el Decreto N° 1417/96 del Poder Ejecutivo Nacional, por el cual se creó una Comisión de estudio y elaboración de los proyectos normativos para la transferencia de la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Ahora bien, más allá de lo expuesto en los párrafos anteriores, la cuenta pendiente al día de la fecha es eliminar definitivamente las barreras para concretar una ordenada transferencia de las competencias judiciales pertenecientes a la *justicia nacional ordinaria*, como así también de aquellos magistrados judiciales y fiscales de la Procuración General de la Nación que opten por desempeñarse en la Justicia de la

5. Fallos: 320:875.

Ciudad (artículo 5 del Primer Convenio), con el debido resguardo de su estabilidad laboral y de los derechos previsionales adquiridos.

Estos magistrados *nacionales pero no federales*, como bien aunque tardíamente lo destacara la CSJN,⁶ no constituyen un tercer orden jurisdiccional diferenciado de los dos únicos reconocidos en el artículo 75 inciso 12 CN; esto es, los tribunales federales o provinciales, incluyendo necesariamente entre estos últimos al Poder Judicial de la CABA.

Por su parte, el artículo 116 –complementado por lo establecido en el artículo 75 inciso 12 y el artículo 129, todos ellos de la Constitución Nacional– distribuye las atribuciones del Poder Judicial federal y de los poderes judiciales provinciales, considerando inmersa a la CABA.

Así, la aplicación del derecho común emanado del Congreso de la Nación corresponde a los tribunales locales, bajo las reglas procesales establecidas por cada uno de los Estados provinciales y de la CABA, en respeto de la forma de Gobierno Federal asumida por la Nación Argentina –artículo 1 CN–.

Este esquema no es casual y se encuentra estrechamente ligado con el proceso constituyente del país. En este sentido, se delegó al Congreso de la Nación el dictado en exclusiva de las normas de Derecho común, para su aplicación por los tribunales locales bajo las reglas emitidas por las legislaturas provinciales.

Por exclusión, es el Poder Judicial federal quien conoce y decide de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes federales, además de las enumeradas en el citado artículo 116 CN.

En esta inteligencia, la justicia nacional como tal no existe para la Constitución. Y así lo expresó la CSJN en el fallo “Corrales”, el 9 de diciembre de 2015, exhibiendo un cambio sustancial de criterio respecto del alcance de la autonomía de la Ciudad.

En su considerando 8, categóricamente señala que

... no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio y su continuidad se encuentra supeditada a que tengan lugar los convenios de transferencia de competencias antes aludidos. En efecto, si bien el carácter nacional de los tribunales de la Capital Federal pudo tener sustento en el particular estatus que

6. Causa CCC 7614/2015/CNC1-CA1 “Corrales, Guillermo Gustavo y otros s/hábeas corpus”.

esta tenía con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que, producida esta modificación fundamental, *las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria que, vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta forma, al igual que lo que ocurre en las jurisdicciones provinciales, estos asuntos deben ser resueltos por la justicia local* [el destacado me pertenece].

Por su parte, en el considerando 9 destaca que transcurridos ya más de veinte años de la reforma constitucional de 1994, resulta imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la CABA el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional.

Finaliza aquel precedente, como si fuera necesario para que no existan dudas, expresando que

... la decisión conlleva el abandono del tradicional criterio del tribunal conforme el cual, a los efectos de analizar si media denegatoria del fuero federal, todos los magistrados que integran la judicatura de la Capital de la República revisten el mismo carácter nacional [y cita fallos anteriores donde estableciera la doctrina abandonada].

Ahora bien, tal como se advirtió en los primeros párrafos de este comentario, resulta menester dedicar unas palabras al aludido problema relacionado con la posibilidad por parte de los porteños de elegir a los jueces locales a través de sus representantes. Al respecto, cabe señalar que la atribución de designar a los jueces de la Ciudad conforme las previsiones de los artículos 114 y 115 CN ha cesado con el dictado de la Constitución local (Disposición Transitoria Decimoquinta), y tal previsión sólo podía estar contemplada respecto de los que ejercen la jurisdicción provincial, en la inteligencia de que esta se encuentra alcanzada por las previsiones del artículo 129.

Esta manda constitucional fue ignorada hasta el presente, básicamente por la oposición corporativa de los integrantes del Poder Judicial de la Nación.

Dicho más claramente, la alusión a “jueces de la Ciudad” efectuada por el constituyente de 1994 tiene sentido a partir de la existencia de tan sólo dos órdenes jurisdiccionales: el federal y el provincial, correspondiendo a este último la competencia ordinaria de cada Estado autónomo –provincias y ciudad–.

No cabe admitir una inconsecuencia o error en el constituyente, ni suponer que podía visualizar una tercera categoría inexistente que recién aparece como consecuencia del indebido recorte de las facultades jurisdiccionales previstas en el artículo 129 CN (artículo 8 de la Ley N° 24588, “Ley Cafiero”).

En el esquema del constituyente nacional, una vez constituido el nuevo Estado Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires cesaba la facultad de las autoridades federales de designar a los jueces civiles, comerciales, penales, laborales, etcétera, ya que estos eran los “jueces de la Ciudad” a los que se refiere la disposición transitoria. El mismo esquema lo aplicó a las facultades legislativas que conservaba la Nación hasta tanto fueran asumidas por las autoridades locales.

La lógica del constituyente, por lo explicado, era simple. Constituido el nuevo Estado de acuerdo con su Ley Fundamental, y ejercidas las facultades de legislación y jurisdicción por sus autoridades, cesaban las de las autoridades federales, salvo respecto de las delegadas por las provincias en su favor.

La Ley N° 24588 volvió asistemática la Constitución Nacional. El proyecto de reforma ingresado al Senado de la Nación por parte del Poder Ejecutivo Nacional puede hacer realidad la voluntad constituyente explicitada hace 22 años.

Paradójicamente, como señalara al inicio, la voluntad de un poder constituido puede ser más imperativa que la decisión de una asamblea constituyente reformadora de la Ley Fundamental.

Como conclusión sobre el primero de los temas a desarrollar en el comentario al Título V de la Constitución local –a saber, la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires–, cabe señalar que resulta paradójico que, habiendo sido dispuesta por la Convención Constituyente de 1994, se interprete este cambio institucional con menor alcance que el que podría haber dispuesto el Congreso de la Nación a través de la facultad otorgada por el artículo 75 inciso 15, en concordancia con el artículo 13, ambos de la Constitución Nacional.

La provincialización de la Capital Federal decidida por el Congreso por una ley hubiera significado una conversión instantánea del mentado estatus jurídico, decisión que no habría podido ser discutida, además de evitado todas las controversias suscitadas por la novedosa decisión del constituyente.

Es decir, bajo el viejo axioma de “quien puede lo más, puede lo menos”, se torna asistemática la postura de que, ante la duda, se adopte un criterio restrictivo, cuando además la fuente norteamericana del artículo 13 CN ha sido interpretada de manera tal que “cuando se acepta un nuevo estado en la Unión, se lo hace en un pie de igualdad con todos los demás”.⁷

De tal modo, la Ciudad de Buenos Aires es, desde 1994, un nuevo estado de la Nación, y a ella debe aplicarse esta sabia doctrina. Los ciudadanos de Buenos Aires somos desde 1994 una nueva clase de provincianos argentinos y a nosotros se nos debe aplicar esa doctrina en defensa de la igualdad.

Los porteños merecemos ser tratados igualitariamente como un nuevo grupo de provincianos argentinos, pero el federalismo reclama el cierre de su ciclo con la consideración de la Ciudad de Buenos Aires como su vigésimo cuarto estado confederado.

SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CABA POR PARTE DE LA CSJN

Ahora bien, tal como se refirió al comienzo de este trabajo, otro de los aspectos relevantes a analizar en torno al tópico “Poder Judicial de la CABA” es el derecho de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que la CSJN le reconozca competencia originaria.

La competencia originaria y exclusiva se halla expresamente fijada en el artículo 117 CN, en tanto sólo delega en el Congreso el establecimiento de las reglas y excepciones para la jurisdicción por apelación.

El citado artículo establece que

... [e]n estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; *pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente* [el destacado me pertenece].

7. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 63 (conforme “United States vs. Texas” 143 US 621 (1892), citado por Corwin, Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, p. 339).

La norma encuentra su fuente en el artículo III, sección 2^a, 1 y 2 de la Constitución de Estados Unidos, aunque esta utiliza una única expresión, mientras que la versión local contempla los términos “originaria y exclusiva”.

El Supremo Tribunal norteamericano estableció en el precedente “Marbury v. Madison” que no es posible ampliar la competencia originaria a través del Congreso, aunque admitió la constitucionalidad de las normas que la restringían a favor de los tribunales federales inferiores.

Por su parte, en 1887, en el conocido caso “Sojo”,⁸ la Corte argentina asumió una interpretación literal y restrictiva de dicho precepto concordando parcialmente con su par de los Estados Unidos en el caso antes citado, al señalar que “no es dado a persona o poder alguno ampliar o extender los casos en que la Corte Suprema ejerce jurisdicción exclusiva y originaria por mandato imperativo de la Constitución”.

En ese mismo fallo agregó que

... la jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte no está sujeta a las excepciones que pueda establecer el Congreso; limitada como lo está, no puede ser ampliada ni restringida; la que está sujeta a reglamentación es la jurisdicción apelada, que puede ser ampliada y restringida por ley, según la organización y reglamentación de los tribunales inferiores, tanto respecto de cuestiones de hecho como de derecho.

Como se verá, este criterio y el desconocimiento de la condición de provincia han sido las razones fundamentales para vedar el acceso a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La doctrina fijada en “Sojo”, sin embargo, no ha sido aplicada de manera uniforme por la Corte dado que, por un lado, el Decreto N° 1285/58, que regula los supuestos de competencia originaria, ha exorbitado el precepto constitucional sin que haya sido descalificado por su contrariedad con la Carta Magna; y a su vez, el propio Tribunal Supremo ha limitado dicha doctrina en diversos fallos.

En 2003, la CSJN en autos “GCBA c/Chubut, Casa de la Provincia s/ejecución fiscal” admitió la competencia originaria en consonancia con lo postulado por el Procurador General por considerar que se trataba de Derecho Público local y que de darse intervención a la Justicia de la provincia demandada, se violaría el artículo 129 CN que

8. Fallos: 32:120.

otorga a la Ciudad un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de jurisdicción.⁹

Este criterio fue desechado en 2007, en “GCBA c/Provincia de Tierra del Fuego s/cumplimiento de contrato y cobro de pesos”,¹⁰ por el voto de una mayoría integrada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi y Maqueda.

Los ministros de la CSJN consideraron que el caso citado en el párrafo anterior constituyó un *precedente aislado* sustentado en un fundamento objetable, cual es la invocación a las facultades jurisdiccionales otorgadas por el artículo 129 CN para considerar incompatible con ellas la circunstancia de obligarla a someterse a otras jurisdicciones (parágrafo 5º).

Al mismo tiempo, advirtieron que la solución suponía elípticamente equiparar a la Ciudad con las provincias, cuando ello es desconocido por diversas y concordantes cláusulas constitucionales. Además de no identificar las citadas cláusulas, clasifica a la Ciudad como una “entidad local *sui generis* incluida entre los gobiernos de provincia” (parágrafo 7º).¹¹

Sin embargo, resulta relevante hacer alusión a la postura minoritaria y disidente asumida por los jueces Argibay y Zaffaroni. La Dra. Argibay admitió la competencia originaria de la Corte en los conflictos entre la Ciudad y una provincia, considerando que no hay ninguna cláusula explícita o implícita que conduzca a limitar la autonomía de la Ciudad mediante su sometimiento a los jueces de las provincias con las que debe litigar, ya que ello “anula uno de los aspectos centrales de la autonomía política que tienen todos los Estados que forman parte de la federación, a saber: la de no estar obligados a someterse al poder de otros Estados Miembros” (parágrafo 4º de su voto).

Asimismo, postuló desechar el criterio restrictivo, en razón de que

... el caso de los pleitos entre la Ciudad de Buenos Aires y otra provincia debe ser tratado como un caso no previsto en las normas constitucionales y legales sobre jurisdicción federal –cuyo origen es cronológica-

9. Fallos: 326:2479.

10. Fallos: 330:5279.

11. La opinión de la mayoría se mantiene hasta el presente y ha sido aplicada en diversos casos posteriores: entre otros, “GCABA c/Tucumán s/ejecución fiscal”, SCG 1017 L. XLIV; “CABA c/Estado Nacional s/ejecución fiscal”, SC, G 316, L.XLVII; “CABA c/Dirección de Vialidad Nacional s/ejecución fiscal”, G 244 XLVII.

mente muy anterior a la autonomía política de la Ciudad de Buenos Aires— y no como uno que pueda resolverse felizmente por medio de las reglas generales que habitualmente sirven de sustento a la jurisprudencia del Tribunal relacionada con su competencia originaria.

Adicionalmente, explicó que la exigencia de “causa civil” fue introducida por el artículo 1 de la Ley N° 48 y luego por el artículo 24.1 del Decreto-Ley N° 1285/58, por lo cual la admisión de su propuesta no constituye una grave desviación de la tarea que incumbe a la Corte, más cuando las previsiones del artículo 117 CN de remitir los pleitos entre provincias al máximo tribunal de la Nación, tuvo por objeto evitar cualquier tipo de asperezas o conflictos institucionales por el sometimiento de uno de ellos al poder jurisdiccional de otro.

Para concluir esta sección sobre el reconocimiento por parte de la CSJN de la competencia originaria con relación a la Ciudad de Buenos Aires, cabe destacar que no son reales las notas que sostienen la distinción efectuada por la mayoría, en particular la carencia de la condición de preexistente a la Nación de la Ciudad, y que carece de los poderes no delegados por las provincias a aquella.

Por lo tanto, resulta inexistente la diferencia de jerarquías, en tanto no ha creado el constituyente un nuevo nivel de gobierno a mitad de camino entre las provincias y los municipios. En el mejor de los casos, se trata de una nueva categoría con similar jerarquía que los gobiernos de provincia.

CONCLUSIONES

Doscientos años no han bastado para integrar pacífica y armoniosamente la “Buenos Aires Ciudad” a la Argentina federal.

El criterio restrictivo adoptado por la CSJN respecto a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires se irradia en diversas cuestiones que no encuentran solución satisfactoria a partir del abandono de su propia teoría interpretativa de las cláusulas constitucionales.

El impedimento de ejercer las facultades jurisdiccionales plenas impacta en el derecho de los ciudadanos a participar en el proceso de designación de los jueces locales mediante sus representantes.

La restricción impide al Estado local definir la conformación y diseño de su Poder Judicial, establecer políticas de acceso a la jurisdicción, implementar su política criminal, desarrollar la mediación y definir soberanamente sus instituciones.

La imposibilidad de acceso a la competencia originaria de la Corte y el sometimiento de la Ciudad de Buenos Aires a la jurisdicción de los tribunales de provincia o de la Nación, más allá de las consecuencias que provoca al nuevo Estado local, lesiona el federalismo.

El desarrollo institucional de la Ciudad junto con la flexibilización de la posición asumida por el Congreso de la Nación desde el dictado de la Ley N° 24588 no pueden ser desconocidas en el marco de una interpretación dinámica de las cláusulas constitucionales vinculadas a la Ciudad; por tanto, no existen razones actuales y objetivas para colocarla en un nivel jerárquico inferior a las provincias.

Un dato nodal para desvirtuar la negación de su calidad de provincia o Estado equiparado a ellas, es que la Ciudad exhibe una individualidad histórica, diferenciable del Buenos Aires rural, que obliga a reconocerla como preexistente a la Nación.

Por más que se pretenda desconocerlo, es un dato de la realidad que la Ciudad en su funcionamiento como nuevo Estado autónomo conserva las facultades no delegadas a la Nación por la Constitución Nacional.

La CSJN ha ampliado su competencia originaria a través de su jurisprudencia y permitió que ocurriera lo propio a través de una norma infraconstitucional, de modo tal que ha abandonado en algunas ocasiones la doctrina que fijó en el caso “Sojo”. En consecuencia, esta no puede ser aplicada respecto de la Ciudad.

La imposibilidad de acceso a la competencia originaria de la CSJN vedó a las autoridades locales el acceso a la jurisdicción en defensa de los derechos de los ciudadanos de Buenos Aires, por lo que carecemos de un ámbito imparcial para definir el alcance de la autonomía desvinculado de las cuestiones políticas.

Los ciudadanos de Buenos Aires, nuevos porteños provincianos, no deben ser discriminados en el ejercicio de sus derechos políticos.

Para afianzar la fuerza e importancia de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires vale la pena citar nuevamente a la Presidenta de la Asamblea Estatuante, señora Graciela Fernández Meijide:

Hay plena conciencia de que nuestra autonomía servirá sin duda a una más armónica relación con los demás distritos y al fortalecimiento de los lazos fraternos y de los mecanismos democráticos de resolución de las cuestiones federales.¹²

Cumplido el bicentenario, y desde 1994, no existen argumentos sostenibles para negar que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es, tal como señalara anteriormente, el vigésimo cuarto Estado confederado de la República Argentina.

12. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la CABA de 1996.*

Capítulo Primero

Disposiciones generales

Artículo 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.

ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIA DEL PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD¹

Por Cecilia Mólica Lourido

El artículo 106 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires replica, con las adecuaciones pertinentes, el artículo 116 de la Constitución Nacional. La competencia del Poder Judicial de la Ciudad está enunciada en este artículo en términos similares a los que emplea la Constitución Nacional para definir las atribuciones del Poder Judicial federal.

1. Comentario a los artículos 106 y 107 de la CCABA.

“... el conocimiento y decisión de todas las causas...”

El Poder Judicial de la Ciudad no procede de oficio, sino que ejerce su jurisdicción a instancia de parte y en el marco de los casos contenciosos en que es requerida.

El caso judicial es el presupuesto que habilita la jurisdicción de los magistrados. La definición del caso judicial, al igual que ocurre a nivel nacional, debe buscarse en la jurisprudencia y, si bien pueden trasladarse en gran medida los precedentes tradicionales en la materia elaborados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y demás tribunales, hay situaciones en las que el caso adopta matices propios a nivel local. Sin perjuicio de estas particularidades que se han ido presentando, que serán abordadas más adelante, resulta indiscutible la exigencia de un caso o causa para habilitar la intervención del Poder Judicial de la Ciudad.

Como primera aproximación, podría decirse que el caso judicial supone una controversia o conflicto entre partes adversas. Sin esta controversia no hay presupuesto de hecho que habilite la actuación de los jueces ya que su intervención no puede tener nunca carácter meramente consultivo. Este requisito rige tanto a nivel local como nacional y se desprende de la letra de la Constitución local y de la nacional cuando ambas aluden, en sus artículos 106 y 116 respectivamente, al “conocimiento y decisión de todas las causas”. En este sentido, reiteradamente se ha dicho que no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas, porque es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos.²

Así, es causa, en palabras de la CSJN, aquella en la que se persigue, en concreto, la determinación del derecho debatido entre partes adversas.³ Puntualmente, en el precedente de Fallos: 333:1023,⁴ la Corte reiteró que ha definido los casos contenciosos como los asuntos en que se pretende de modo efectivo la determinación del derecho debatido entre partes adversas, que debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante.

2. Ver, entre muchos, Fallos: 2:253; 24:248; 94:51 y 444; 130:157; 243:177; 256:103; 263:397.

3. Cfr. Fallos: 156:318.

4. CSJN, “Thomas, Enrique c/E.N. s/amparo”, sentencia del 15 de junio de 2010.

La legitimación y el caso judicial

La existencia de una causa, en los términos del artículo 106 de la CCABA, es decir, de un caso judicial, presupone la de parte. Cabe recordar que parte es toda persona (humana o jurídica) que reclama en nombre propio, o en cuyo nombre se reclama la satisfacción de una pretensión, y aquella frente a la cual se reclama dicha satisfacción.⁵ En cambio, la legitimación alude a la vinculación entre la parte y la situación jurídica. Se la ha definido como la aptitud para ser parte en un determinado proceso y su existencia está dada por la titularidad, activa o pasiva, de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito.⁶ Así,

... desde el punto de vista activo, la legitimación, en el campo procesal, se relaciona con la titularidad del ejercicio del derecho de acción o con la atribución a un sujeto del ejercicio de los poderes y las facultades, y supone una determinada relación entre las personas y el objeto del litigio.⁷

“Legitimación” y “parte” son conceptos procesales que se encuentran estrechamente vinculados entre sí y, a su vez, con la noción de caso judicial.

Esta relación fue puesta de relieve por la señora Procuradora General de la Nación en el dictamen emitido en los autos “Mosquera”, donde afirmó que, dado que se encontraba cuestionada, correspondía abordar en primer lugar el estudio de la legitimación de la actora

... puesto que, de carecer de tal requisito común, se estaría ante la inexistencia de un “caso”, “causa” o “controversia”, en los términos del artículo 116 de la Carta Magna, que tornaría imposible la intervención de la Justicia.⁸

Luego, más concretamente, dijo que “la existencia de un ‘caso’ o ‘causa’ presupone la de ‘parte’, es decir, de quien reclama o se defiende

5. Cfr. Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2^{da} ed. act., 2011, T. III, p. 2.

6. Cfr. CSJN, “Universidad Nacional de Rosario c/Entre Ríos, Provincia de s/amparo (daño ambiental)”, 11 de diciembre de 2014, Fallos: 337:1447.

7. Jeanneret de Pérez Cortés, María, “La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia”, LL 2003-B, 1333.

8. Del dictamen de la Procuración General de la Nación en “Mosquera, Lucrecia Rosa c/Estado Nacional (Mrio. de Economía) s/acción meramente declarativa - sumarísimo”, Fallos: 326:1007.

y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso”. Estos lineamientos han sido replicados en la jurisprudencia local sin variaciones.⁹

El caso judicial en los amparos colectivos

Las particularidades en la definición del caso aparecen en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires en el marco de los denominados amparos colectivos, ya que el artículo 14 de la CCABA prevé que cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor, poseen legitimación para interponer la acción de amparo “cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos”.

La diferencia con la Constitución Nacional,¹⁰ que exige en su artículo 43 que sea “el afectado” quien promueva la acción en estos casos, ha dado lugar a pronunciamientos judiciales que difícilmente podrían haber tenido lugar de no ser por la amplitud de la legitimación que confiere el artículo 14 de la CCABA y la interpretación que de él ha hecho la jurisprudencia local. Aquí se ve claramente la relación directa que existe entre la legitimación y el caso, que se traslada, a su vez, a la extensión de uno y otro concepto. Una legitimación más amplia dará lugar a una mayor definición de casos judiciales; por el contrario, cuanto más estricta sea la óptica desde la que se analiza la legitima-

9. A modo de ejemplo, pueden verse los pronunciamientos dictados por la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero CAyT en los autos “Del Gaiso, Juan Facundo c/ GCBA s/amparo”, Expte. N° A2.458-2015/o, 3 de noviembre de 2015, y en “Castañeda Ricardo Daniel y otros c/Junta Comunal de la Comuna 14 y otros s/amparo”, Expte. N° A64.347-2013/o, 10 de julio de 2014. Ver también TSJ, “GCBA c/Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego e Islas del Atl s/ej. Fisc. - otros s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 19 de agosto de 2016.

10. Esta distinción fue evidenciada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero Contencioso Administrativo y Tributario en “Busacca, Ricardo O. c/GCBA s/amparo”, Expte. N° 7.710/o, 17 de noviembre de 2003, donde indicó que a diferencia de la CN, la CCABA no hace referencia al afectado ni al Defensor del Pueblo, por lo que cuando se trata de un amparo colectivo, sólo se requiere la residencia en la Ciudad.

ción, menor será el número de casos en los que los jueces estén habilitados para intervenir y decidir.

La cuestión es de gran relevancia ya que incide en el ámbito mismo de actuación del Poder Judicial, ampliando o restringiendo –según el supuesto– los casos judiciales que son pasibles de ser dilucidados en los estrados de la Justicia. No tiene implicancia, en cambio, respecto de las materias; el *quid* del asunto es a quién se considera habilitado para plantear determinada cuestión en la Justicia para que exista un verdadero caso judicial.

Un ejemplo que evidencia la amplitud que adquiere el caso judicial en los amparos colectivos es el pronunciamiento recaído en los autos “Barila”.¹¹ En ese juicio, el actor promovió una acción de amparo colectivo en los términos del artículo 14 de la CCABA, con el objeto de que se ordene al Jefe de Gobierno dar estricto cumplimiento al artículo 43 de la Ley Fundamental en cuanto asegura el cupo del cinco por ciento de la planta de empleo público para las personas con necesidades especiales, con incorporación gradual, en la forma en que la ley determine. El actor se presentó invocando su calidad de habitante de la Ciudad de Buenos Aires, en los términos del artículo 14, segundo párrafo, de la CCABA y no alegó pertenecer al sector de personas que se beneficiarían con la decisión judicial ni pretendía que se le asigne a él personalmente un empleo en función del cupo previsto para las personas con necesidades especiales.

En primera instancia, la acción fue rechazada *in limine*, señalando la sentencia que el actor no manifestó sufrir una discapacidad ni alegó poseer necesidades especiales, así como tampoco que la Administración le hubiera obstaculizado o denegado, de modo irregular, su ingreso al régimen de empleo. Es decir, se hizo una aplicación directa del concepto de caso tal como es entendido y definido por la jurisprudencia de los tribunales nacionales y federales. La Cámara de Apelaciones, en cambio, revocó esa decisión, destacando que, en el amparo, si la lesión es de un derecho de incidencia social o colectiva, no importa que quien lo alegue sea titular de un interés personal, sino que resulta su-

11. Cámara de Apelaciones del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, Sala II, “Barila, Santiago c/GCBA s/amparo”, Expte. N° 22.076/O, 17 de febrero de 2009.

ficiente la afectación del derecho colectivo y que quien acciona revista el carácter de habitante.

Puntualmente en cuanto al caso judicial en este tipo de procesos, la Alzada resaltó que

... en ambos supuestos [se refiere a la acción declarativa de inconstitucionalidad contemplada en el artículo 113, inciso 2 de la CCABA y al amparo colectivo] el concepto de “caso o controversia” en la esfera local es distinto al de la órbita nacional y adquiere modulaciones propias que procuraron desde los inicios fundacionales de la organización autónoma local, disociar claramente el interés personal en las acciones colectivas, del interés jurídico particular que pudiera invocar el accionante, sólo condicionada a su calidad de habitante.¹²

La Sala II consideró que, en el marco de los amparos colectivos, en la Ciudad hay una nueva forma de definir el concepto de caso o controversia, por lo que vio como “impropio acudir a soluciones de otros ámbitos, que son ajenas a la realidad normativa e institucional local, para decidir el punto”.¹³

En este ejemplo se puede ver con claridad la dimensión que adquiere el caso judicial en el marco de los procesos colectivos en la Ciudad, donde hay caso aun cuando la afectación sea invocada por quien no diga padecerla.

Sin embargo, de la amplitud que toma el caso judicial en este tipo de procesos no se sigue que pueda considerárselo configurado por la mera invocación de derechos de incidencia colectiva.

Así, en los autos “Rachid”,¹⁴ la Cámara de Apelaciones rechazó la acción promovida¹⁵ por considerar que no se encontraba configurado

12. Ídem, sentencia del 5 de febrero de 2007.

13. Ídem.

14. Cámara de Apelaciones del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, Sala III, “Rachid, María de la Cruz y otros c/GCBA s/amparo”, Expte. N° 45.722/o, y su acumulado “Asociación por los Derechos Civiles y otros c/GCBA s/amparo”, Expte. N° 46.062/o, sentencia del 9 de mayo de 2016.

15. María de la Cruz Rachid, en su carácter de legisladora, y un particular, en su calidad de habitante, promovieron acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 17 del anexo de la Resolución N° 1251/2012 del Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires, que aprueba el procedimiento para la atención profesional de prácticas de aborto no punible contempladas en el art. 86, incs. 1 y 2 del Código Penal de la Nación.

un caso judicial en el sentido que el amparo colectivo requiere. En síntesis, la Cámara sostuvo que, dado que

... el objeto de la acción constituye la declaración de inconstitucionalidad en abstracto de una norma general, que no se trata de un proceso colectivo que tenga por objeto la tutela de un bien colectivo, que tampoco es posible considerar que es un proceso relativo a intereses individuales homogéneos por falta de determinación de los sujetos que componen la clase a los que la normativa afecta de modo actual, cierto y concreto, ni de tal modo es posible garantizar su inclusión o exclusión de los efectos de la sentencia, no se halla configurado un caso judicial en el sentido que tales procesos requieren ni es plausible conceder legitimación a los actores para tal supuesto.¹⁶

También se descartó la existencia de un verdadero caso judicial en los autos “Del Gaiso”¹⁷ por considerar, en síntesis, que no se había acreditado la existencia de un perjuicio concreto. La Sala II afirmó que la condición de ciudadano no basta por sí sola para demostrar la existencia de un derecho directo, inmediato, concreto o sustancial que

Además, solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del Decreto N° 504/2012, mediante el cual el Jefe de Gobierno vetó la Ley N° 4318. En síntesis, adujeron que la normativa resulta contraria a lo establecido en el art. 86 del Código Penal, de acuerdo con la interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación efectuó acerca del alcance de dicha norma en el precedente “F., A.L. s/medida autosatisfactiva”, a las disposiciones de la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales.

16. La Alzada entendió que debía descartarse que el caso bajo estudio constituya un supuesto de proceso colectivo, ni de la especie que tiene por objeto la tutela de bienes colectivos –por ausencia de un bien colectivo–, ni de la relativa a intereses individuales homogéneos –por falta de determinación y conformación de la clase–, ni los atinentes a cuestiones de discriminación. “En este punto, es preciso señalar que la mera referencia efectuada en la sentencia al hecho de que el proceso involucra derechos de jerarquía constitucional como la vida, la salud, la autonomía y la dignidad en condiciones de igualdad, tampoco basta para prescindir de una afectación concreta”.

17. En los autos “Del Gaiso”, ya citados, la demanda tenía por objeto que se ordenase al Gobierno de la Ciudad que adecuara la obra del paso bajo nivel ubicado en la calle Ceretti y Vías del Ex FFCC Mitre Ramal J. L. Suárez, elevando el gálibo vertical hasta la altura de 2.50 metros, a los fines de que pudiesen circular las ambulancias del SAME licitadas por el Gobierno de la Ciudad. Se había alegado la afectación del derecho a la salud y a la libre circulación de los vecinos de la Comuna 12. En primera instancia, se rechazó la legitimación del actor, en su carácter de Auditor General de la Ciudad de Buenos Aires, por la falta de vinculación de los hechos invocados en la demanda con el ejercicio de sus competencias, pero se interpretó que sí poseía legitimación, en carácter de habitante de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en razón de los derechos colectivos invocados.

permita reconocer legitimación para exigir ante los estrados judiciales la genérica regularidad de la marcha de los órganos que ejercen el poder público. Señaló que el actor, en su brevísima demanda, no había “demostrado cuál era el perjuicio concreto que lo pudiese afectar derivado de la obra pública ya construida por el GCBA”.¹⁸ La Alzada subrayó que la mera invocación del derecho a la salud y a la circulación no alcanza para tener por configurado un caso judicial ni la legitimación de quien acciona. Finalmente, el Tribunal consideró que la ausencia de los extremos antes indicados impedía tener por configurado un caso que habilite la intervención judicial.

En “Del Gaiso”, donde nuevamente puede verse la estrecha vinculación que existe entre la legitimación y la existencia de caso, la ausencia de caso judicial está dada –siguiendo los argumentos de la Alzada– por la falta de acreditación de un perjuicio concreto derivado de la obra pública realizada por el GCBA. Nótese que no se exige un perjuicio diferenciado ni una afectación personal en quien demanda, como se requeriría “al afectado” por aplicación del artículo 43 de la CN. Lo que sí se exige es que se demuestre la existencia de un perjuicio concreto para poder tener por configurado el caso judicial. De lo contrario, la calidad de ciudadano o habitante sería suficiente para provocar la actuación de los órganos del Poder Judicial de manera genérica. El perjuicio concreto que requiere la configuración del caso judicial opera como un límite que define el alcance de la jurisdicción. Así, sin perjuicio acreditado, no hay caso y, por lo tanto, no hay materia sobre la cual pueda decidir el Poder Judicial. En este punto, no obstante la mayor cantidad de legitimados que se admite en la jurisdicción local en virtud de lo normado en el artículo 14, segundo párrafo, de la CCABA, resulta plenamente aplicable la jurisprudencia de la Corte de acuerdo a la cual, de la ampliación de los sujetos legitimados por la reforma constitucional de 1994, no se sigue una automática aptitud para demandar sin un examen previo de la existencia de una cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción, en atención a que no ha sido objeto de reforma la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de “causas”.¹⁹

18. Autos “Del Gaiso”, ya citados.

19. Cfr. CSJN, “Thomas”, ya citado.

Asimismo, la existencia de un verdadero caso judicial dependerá, en gran medida, de la prueba acompañada y de los argumentos que el actor desarrolle en su demanda. Una demanda con una pretensión formulada en términos vagos, genéricos e inespecíficos no habilita la intervención de los jueces por carecer, precisamente, de un caso contencioso. Es decir, no es una causa en los términos del artículo 106 de la CCABA.²⁰ Avanzar en el conocimiento de una demanda que no posee un caso contencioso lleva a desbordar la competencia constitucionalmente conferida a los jueces y a avanzar indebidamente sobre atribuciones de otros poderes. Cabe recordar que es reiterada la jurisprudencia de la CSJN en el sentido de que

... los controles de legalidad administrativa y de constitucionalidad que competen a los jueces no los facultan a sustituir a la Administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad y conveniencia.²¹

Y, asimismo, que

... la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional; y de ahí que un avance en desmedro de otras facultades revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público.²²

Más allá de las diversas definiciones que la jurisprudencia ha realizado y de las que ha aportado la doctrina, no hay reglas omnicomprendivas que permitan determinar la existencia de un caso judicial en un

20. Ver, a modo ilustrativo, la sentencia recaída en los autos “Castañeda”, ya citados. La demanda había sido promovida por un grupo de vecinos que invocaron su carácter de integrantes del Consejo Consultivo Comunal de la Comuna 14, contra la Junta de esa Comuna y su presidente, con la finalidad de que se les garantizase el derecho reconocido en el art. 131 de la Constitución de la Ciudad. La Cámara sostuvo que “la pretensión que postulan aparece desarrollada en términos genéricos e imprecisos que desdibujan en concreto la existencia de un ‘caso contencioso’, pues bajo el indirecto argumento de que se encontraría involucrado el derecho que les asistiría a participar en el Consejo Consultivo Comunal, se pretende, en suma, una intervención judicial en su funcionamiento”.

21. Fallos: 331:2382, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la CSJN.

22. Fallos: 329:1675.

juicio en concreto; no al menos sin el aporte de la valoración que haga el juez. Como ya se dijo, legitimación y caso son conceptos que remiten uno a otro y la amplitud que se asigne al primero repercutirá indefectiblemente en la del segundo y viceversa. Dada la formulación contenida en el párrafo segundo del artículo 14 de la CCABA, la legitimación no ha operado en la Ciudad, en general, como un limitante a la hora de acceder a los estrados de la Justicia, por lo menos, en cuanto a derechos de incidencia colectiva se refiere. Sin embargo, ello no puede llevar a soslayar la necesidad de que exista una causa en los términos del artículo 106 de la CCABA. El *quid* del asunto es que, desde el momento en que no se requiere una afectación propia en quien promueve la acción, el caso desdibuja sus límites y sus contornos se tornan borrosos.

De esta manera, se advierte que el caso judicial adopta una forma distinta en el marco de los amparos colectivos en la Ciudad. Esta mutación no es una novedad, ya la Corte ha reconocido las diferentes formas que puede tomar el caso según la índole de los derechos involucrados. En efecto, en el célebre precedente de Fallos: 332:111, el Máximo Tribunal federal señaló que el caso tiene una configuración típica diferente en cada categoría de derechos –individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos– “siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones”.²³

La imprecisión de contornos que puede presentar el caso en los amparos colectivos en la CABA no debe ser vista como un defecto, sino antes bien como una cualidad que permite proponer para la solución de la Justicia situaciones que en el ámbito nacional, por ejemplo, serían descartadas *a priori*. Aun bajo la generosa letra del segundo párrafo del artículo 14 de la CCABA, la existencia de un caso es un presupuesto de verificación ineludible. Su configuración dependerá, en gran medida, de la precisión que contenga el planteo a la hora de ilustrar al tribunal respecto de la existencia de un daño o perjuicio concreto y, por supuesto, de la valoración que el juez haga.

23. CSJN, “Halabi, Ernesto c/P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986”, sentencia del 24 de febrero de 2009.

“... 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...”

A partir de la reforma constitucional nacional de 1994, se reconoció a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires un nuevo *status* jurídico caracterizado, conforme el artículo 129 de la CN, por un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, con la sola limitación de que por medio de una ley se garanticen los intereses del Estado Nacional mientras la Ciudad sea capital de la Nación. Por su parte, la cláusula transitoria séptima, de algún modo, acotó las facultades que en el artículo 75, inciso 30 de la CN se confieren al Congreso Nacional al disponer que ejerza las atribuciones legislativas que conserve con arreglo al artículo 129 respecto de la CABA, mientras la Ciudad sea capital de la Nación.

La ley a la que alude el artículo 129 de la CN es la Ley N° 24588, conocida como “ley que garantiza los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires” o, simplemente, “ley de garantías”. Mediante su artículo 8 se limitaron sensiblemente las facultades jurisdiccionales de la CABA a las materias de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso administrativa y tributaria locales. Además, la citada ley previó que la Justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires mantendría su actual jurisdicción y competencia, que continuarían a cargo del Poder Judicial de la Nación.

No obstante las severas restricciones que la mencionada ley fijó,²⁴ el constituyente local delineó y definió las facultades jurisdiccionales locales tomando como base el régimen autonómico reconocido en la CN, y el resultado es el artículo en comentario.

Por su parte, la Legislatura local sancionó la Ley N° 7 orgánica del Poder Judicial, que detalla su integración en su artículo 7 contemplando como integrantes del Poder Judicial de la Ciudad a los tribunales de distintos fueros que tienen asiento en la CABA. En la actualidad, solamente se encuentran en funciones e integran el Poder Judicial de la

24. El art. 8 de la Ley N° 24588 fue declarado inconstitucional en numerosos precedentes. Ver, a modo de ejemplo, Cámara de Apelaciones del fuero CAyT, Sala I, “GCBA s/ otros procesos incidentales”, Expte. N° 25.754/1, sentencia del 3 de abril de 2008.

Ciudad los fueros Contencioso Administrativo y Tributario y el Penal, Contravencional y de Faltas.

El fuero Contencioso Administrativo y Tributario

Con respecto al fuero Contencioso Administrativo y Tributario, la Ley N° 7 establece en su artículo 41 –según las modificaciones introducidas por la Ley N° 3318– que la Justicia en lo contencioso administrativo y tributario está integrada por veinticuatro 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”.²⁵

En el mismo sentido, el legislador local, al sancionar la Ley N° 189,²⁶ por la cual se aprobó el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, fijó la competencia de sus tribunales siguiendo un criterio, en principio, subjetivo. Así, el artículo 1 del CCAyT prevé que

... [s]e consideran 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 ejerzan potestades públicas otorgadas por las leyes de la Ciudad de Buenos Aires.

El artículo 2 del mismo Código define como causas contencioso administrativas a:

... todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera 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.

Es decir que la ley de forma prevé que serán causas contencioso administrativas todas aquellas en que la Ciudad sea parte,²⁷ dando re-

25. Art. 41 de la Ley N° 7.

26. Sancionada el 13 de mayo de 1999, publicada en el BOCBA N° 722 del 28 de junio de 1999.

27. Para que surja la competencia contenciosa administrativa en los términos de los arts. 1 y 2 del CCAyT es preciso que la autoridad administrativa tenga un interés directo en el pleito y no basta con que sea parte meramente nominal, ya que lo contrario importaría de algún modo dejar librada a la voluntad de los litigantes la determinación del fuero (cfr. Gusman, Alfredo S., *Competencia de la Justicia Contencioso Administrativa* y

levancia expresamente al presupuesto subjetivo y, por ello, para determinar la competencia deberá atenderse a las partes intervinientes en el proceso y no a la naturaleza de las cuestiones debatidas. Cabe aclarar que, en el supuesto de los órganos legislativo y judicial, los entes públicos no estatales y los entes privados, el parámetro para definir la competencia es mixto ya que en esos casos el legislador previó como condición, además de la presencia de la autoridad administrativa, que esta se halle en ejercicio de la función administrativa.²⁸

El criterio plasmado por el legislador local en los artículos 1 y 2 del CCAyT tuvo como consecuencia que la competencia del fuero contencioso administrativo y tributario local comprenda no sólo las causas tradicionalmente contencioso administrativas, sino otras de muy diferente naturaleza, opción que es enteramente compatible con el régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción con el cual el artículo 129 de la Constitución Nacional invistió a la Ciudad.

Es cierto que la doctrina mayoritaria²⁹ postula la adopción de un criterio objetivo para definir la competencia contencioso administrativa y que tradicionalmente³⁰ ello ha sido así, pero no lo es menos que se trata

Tributaria de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, Ediciones RAP, Ensayos, Doctrina Pública Federal, 2005, p. 18).

28. Merecen resaltarse las virtudes que el criterio subjetivo presenta. En efecto, elimina las imprecisiones y dudas para el justiciable acerca del tribunal competente; a la hora de fijar la competencia es muy valioso que la regla sea clara, ya que se evitan los posteriores conflictos de competencia, tan caros en tiempo y recursos para las partes y los tribunales. En este sentido, se ha dicho que “la atribución de competencia atendiendo al sujeto que interviene en el pleito es empleada por el legislador a fin de neutralizar la incertidumbre de los litigantes y, en materia contencioso administrativa, se ha considerado que la única manera de arribar a ese propósito es definiendo la materia por los sujetos intervinientes en la causa” (Gusman, Alfredo S., *op. cit.*, p. 20).

29. Por ejemplo, se inclinan a favor de un criterio objetivo Diez y Marienhoff. En contra, Fiorini propone identificar causa y acción contencioso administrativa con el juicio entablado contra la administración por considerar que tal criterio resultaba más simple, más lógico y más fecundo para el Derecho Administrativo (Fiorini, Bartolomé A., *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pp. 196 y 197).

30. Vale mencionar que en el orden federal la regla para determinar la competencia es diferente y sigue un criterio objetivo. Se requiere que la pretensión esté regida preponderantemente por el Derecho Administrativo y no es determinante que sea parte una autoridad estatal.

de una decisión de resorte exclusivo del legislador y, en tanto ella sea acorde a normas de rango superior, no merece ninguna objeción.³¹

En suma, la competencia de la Justicia contencioso administrativa y tributaria de la Ciudad es de orden público y dependerá, en principio, no de la materia sobre la que verse el litigio o la naturaleza de las cuestiones debatidas, sino de la circunstancia de que sea parte o no en el proceso cualquiera de las autoridades administrativas que enumera el artículo 1 del CCAyT.³²

Se ha definido a la competencia como la capacidad o aptitud que la ley reconoce a cada órgano o conjunto de órganos judiciales para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso. La competencia constituye uno de los requisitos extrínsecos de admisibilidad de toda pretensión, de forma tal que si, en un caso concreto, el órgano ante quien se ha acudido carece de aquella aptitud, estará inhabilitado para emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.³³ En efecto, la competencia distribuye y delimita las relaciones de los tribunales en orden a establecer los casos en que podrán ejercer la jurisdicción.³⁴ En esta inteligencia, si bien definir la competencia de un tribunal es una cuestión que aparece como meramente propia de la técnica jurídica, en el fondo no debe perderse de vista que lo que se decide se vincula estrechamente con el ejercicio del poder: qué órgano es al que le corresponde decidir respecto de tal o cual asunto. Ello sumado a que en el fuero nacional civil, en un primer momento, no fue aceptado el criterio subjetivo de atribución de competencia plasmado en el CCAyT,³⁵

31. Asimismo, cabe recordar que, en la Ciudad, el criterio subjetivo para delimitar la competencia ya había sido previsto en el Decreto Ley N° 1285/58, el cual había atribuido competencia a los tribunales civiles en aquellas causas en las que la ex Municipalidad fuera parte, sin atender a la materia debatida.

32. Cfr. Sala I, “T. S. c/GCBA s/amparo”, Expte. N° 85/0, 23 de noviembre de 2000 y “Cons. Prop. Carlos Calvo 3248/62 c/Instituto de Vivienda de la CABA s/ejecución de expensas”, Expte. N° 42.610/0, 30 de septiembre de 2012.

33. Palacios, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Provincia de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2° ed. actualizada, 2011, T. II, p. 296.

34. Cfr. Haro, Ricardo, *La competencia federal*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2° ed. actualizada, 2006, p. 16.

35. Recuérdese el precedente “Souza” de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, en el que se sostuvo que “aun cuando pueda aceptarse, en el ámbito doctrinario, la determinación por el sujeto de aquello que el legislador porteño entiende como jurisdicción

y esto trajo aparejadas ciertas desavenencias a la hora de deslindar la competencia de uno y otro fuero. Todas cuestiones, si se quiere, inevitables en el marco de un proceso tan complejo como el que supone el cambio de estatus jurídico de la CABA y su introducción como un nuevo actor en el orden federal.

Dentro de este contexto, la jurisprudencia de los tribunales contenciosos de la Ciudad ha cumplido un rol destacado ya que fue a través de los sucesivos pronunciamientos que su competencia se fue consolidando.

Han sido contundentes los pronunciamientos locales desde un primer momento con respecto a la validez constitucional de la Ley N° 7 y del CCAyT, en cuanto definen la competencia de los tribunales locales con prescindencia de la materia debatida. Asimismo, en numerosas oportunidades los jueces locales han declarado la inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley N° 24588. Ello ocurrió, por ejemplo, en los autos “GCBA s/otros procesos incidentales”,³⁶ donde el GCBA planteó la inhibitoria de un juzgado civil en las actuaciones judiciales caratuladas “Consortio de Propietarios Azopardo 1561 c/Comisión Municipal de la Vivienda s/ejecución de expensas”. El juicio radicado en el fuero civil tenía por objeto la ejecución de expensas devengadas en contra del Instituto de Vivienda del GCBA, a favor del consorcio de propietarios actor. El GCBA fundó su pedido en las disposiciones del artículo 2 del CCAyT y, supletoriamente, planteó la inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley N° 24588.

‘contencioso-administrativa’, lo que no puede admitirse es la aplicación efectiva de tales normas, en lo que importen contradecir los expresos términos y límites impuestos por la Ley N° 24588, ya que ello llevaría a una invasión indebida de la esfera propia de competencia de este tribunal, por la vía de extralimitar la jurisdicción contencioso administrativa local, a casos que como el presente son de total naturaleza civil”. Dicho ello y luego de valorar que el caso se trataba de una cuestión de naturaleza eminentemente civil, el tribunal concluyó que “cabe interpretar que los arts. 48 y 2 de las leyes locales 7 y 189, respectivamente, resultan inaplicables al caso (cfr. arts. 129 p. 2 de la CN; 8 y 16 de la Ley N° 24588 y la Cláusula transitoria segunda de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires), correspondiendo en consecuencia la competencia de la Justicia nacional en lo civil (art. 8 p. 1 de la Ley N° 24588)”, (Cám. Apel. Nac. Civil, Sala E, “Souza Norberto c/Helping Sistema de Salud y otros s/daños y perjuicios - Resp. Prof. Médicos y Aux.”, 23 de agosto de 2000).

36. Autos “GCBA s/otros procesos incidentales”, ya citados.

En ese caso, la Sala I de la Exma. Cámara de Apelaciones del fuero sostuvo que el artículo 8 de la Ley N° 24588, en cuanto dispone que la Justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia a cargo del Poder Judicial de la Nación, es de una inconstitucionalidad flagrante, toda vez que infringe de manera palmaria el principio de razonabilidad, al quebrar la relación de adecuación entre medios y fines. El tribunal entendió que ello era así dado que

... la finalidad del texto legal –delimitada expresamente por el constituyente– es, según lo adelantado, garantizar los intereses del Estado nacional mientras Buenos Aires siga siendo Capital Federal (artículo 129, CN), en tanto que –tal como resulta del desarrollo efectuado precedentemente– la disposición examinada no constituye un medio razonablemente encaminado a concretar ese propósito, o, dicho en otros términos, resulta inadecuado para realizarlo, dado que el hecho de que la Ciudad de Buenos Aires ejerza plenamente sus potestades jurisdiccionales no afecta en forma alguna los intereses del Estado nacional.

Finalmente, concluyó que toda vez que en los autos en trámite por ante el juzgado civil se había demandado a la Comisión Municipal de la Vivienda, que es autoridad administrativa en los términos del artículo 1 del CCAyT, el fuero local es competente para entender en la causa.³⁷

CASOS EN QUE LA COMPETENCIA DEL FUERO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD SE VE DESPLAZADA PESE A INTERVENIR UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA LOCAL

No obstante el criterio subjetivo de atribución de competencia que se desprende de los artículos 1 y 2 del CCAyT, hay determinados casos en los que la competencia de los tribunales locales puede verse desplazada pese a la intervención de una autoridad administrativa de la CABA. Estos supuestos se presentan cuando interviene en el juicio, además de una de las autoridades administrativas que enuncia el artículo 1 del CCAyT, el Estado Nacional, uno de sus entes autárquicos o una provincia –y deciden hacer uso de las prerrogativas que les asisten–, o bien cuando versa sobre materia federal.

37. Cabe destacar que este fallo reitera la doctrina anteriormente expuesta por la misma Sala en los autos “Anganuzzi Mario Lucio y otros c/GCBA s/amparo”, Expte. N° 12.119/O.

LA COMPETENCIA DE LA JUSTICIA FEDERAL Y LA DEL FUERO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO LOCAL

La Constitución Nacional, en su artículo 116, señala que corresponden a la competencia de la Justicia federal los asuntos en que la Nación sea parte. Por “Nación” –equivalente a Estado federal– no se entiende solamente al Estado federal, sino también a algunas entidades autárquicas y empresas del Estado que, autorizadas por las disposiciones que las rigen para actuar directamente en juicio, pueden comprometer la eventual responsabilidad del Estado.³⁸

Precisamente por efecto de la norma constitucional mencionada, no obstante el criterio de atribución de competencia plasmado en la Ley N° 7 y en los artículos 1 y 2 del CCyT, la competencia local puede resultar desplazada en aquellos casos en que, por la materia o la persona involucrada, las leyes disponen la competencia del fuero federal.

Es sabido que la Justicia federal ejerce la función jurisdiccional en los casos en los que está en juego directamente un interés federal. Tiene su razón de ser en la resolución de las contiendas en que se encuentre en juego de modo directo un interés o propósito federal, que deberá ser objetivo, legítimo, real, concreto y con suficiente entidad.³⁹ Reiteradamente ha dicho la CSJN que la competencia federal es limitada, de excepción, y su aplicación, de carácter restrictivo.⁴⁰

Es doctrina pacífica de la CSJN que la competencia federal en razón de la materia es improrrogable.⁴¹ La Corte ha sostenido que si la solución de la causa depende esencialmente de la aplicación e interpretación de normas de Derecho federal, debe tramitar en la Justicia federal, y cuando la competencia de esta surge *ratione materiae*, es improrrogable, privativa y excluyente de los tribunales provinciales, sin que el consentimiento ni el silencio de las partes sean hábiles para derogar esos principios.⁴²

38. Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, op. cit., T. III, p. 469.

39. Cfr. Haro, Ricardo, op. cit., pp. 29 y 103.

40. Cfr. Fallos: 329:5896; 323:2590 y 313:1218, entre muchos otros.

41. Cfr. Fallos: 319:1397 y 324:2078, entre muchos otros.

42. Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en “Camuzzi Gas del Sur S.A. s/inhibitoria en autos ‘DECOVI s/amparo Exp. N° 21684/06 STJ’”, del 8 de abril de 2008.

La competencia federal en razón de la persona, por su parte, es un derecho implícito dentro del contenido del derecho a la jurisdicción, y otorga la posibilidad de ejercerlo ante los tribunales federales en función de ciertas calidades personales o institucionales en las que no cabe hacer distinciones ni en cuanto a la materia del pleito, ni a la posición procesal que asume la parte con derecho al fuero federal.⁴³

A diferencia de lo que ocurre en los casos que corresponden a la competencia federal en razón de la materia debatida, las personas en cuyo beneficio y garantía ha sido establecida la competencia federal pueden prorrogarla aun tácitamente hacia los tribunales locales de manera tácita o expresa. Es decir, en el supuesto de que la persona que tiene derecho a la Justicia federal sea demandada ante jueces locales, podrá consentir dicha jurisdicción y contestar demanda sin oponerse a la competencia local o plantear la excepción de incompetencia y requerir la intervención del fuero federal.

LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Y LA POSIBILIDAD DE SER DEMANDADA ANTE EL FUERO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL O LOS TRIBUNALES PROVINCIALES

Los conceptos anteriores son aceptados prácticamente de modo unánime, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. El tema que se ha planteado en varias oportunidades en el fuero contencioso administrativo y tributario, y que, pese al tiempo transcurrido desde la puesta en funciones de los tribunales locales, sigue mereciendo diferentes soluciones, es el que se refiere a la definición del tribunal competente para entender en los casos en que la competencia local debe ceder, en razón de que la persona demandada ha hecho uso de la prerrogativa federal que le asiste, o bien por tratarse de un caso que versa sobre materia federal, o bien cuando es parte una provincia que no consiente la competencia local.

Concretamente, el *quid* del asunto es decidir ante qué tribunales le corresponde litigar a la Ciudad de Autónoma de Buenos Aires cuando no pueda hacerlo ante sus propios jueces.

43. Cfr. Fallos: 330:1807.

EL ESTATUS JURÍDICO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

En orden a decidir sobre la posibilidad de que la CABA sea demandada ante el fuero contencioso administrativo federal o los tribunales de las provincias, resulta ineludible tomar posición respecto del *status* jurídico de la Ciudad luego de la última reforma constitucional. Es sabido que, en virtud de las prescripciones del artículo 129 de la CN, la Ciudad de Buenos Aires cuenta con “un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y un Jefe de Gobierno elegido directamente por el pueblo”. Este artículo, incorporado por la reforma constitucional de 1994, modificó sustancialmente el estatus de la Ciudad. Es indudable que a través de la referida reforma constitucional se ha conferido a la Ciudad el carácter de ente con autonomía política.⁴⁴ Más allá de las diferentes tesis que pueda suscitar su definición como “ciudad autónoma”, el artículo 129 de la Constitución Nacional deja fuera de duda que la Ciudad de Buenos Aires es un sujeto de la relación federal que posee notas peculiares dentro del esquema federal argentino, y que su gobierno autónomo titulariza facultades de legislación y jurisdicción, más las propias de la jefatura de gobierno.⁴⁵ Al respecto, debe recordarse que la ubicación sistemática del citado artículo 129 –en el Título II de la parte orgánica de la CN, denominado “Gobiernos de Provincia”– permite afirmar que, salvo disposición expresa en contrario, todo lo relativo al régimen jurídico constitucional de las provincias es de aplicación a la Ciudad y que, ante la posibilidad de interpretaciones diversas, debe adoptarse aquella que sea más favorable a la autonomía del nuevo nivel de gobierno.⁴⁶ Por otro lado, cabe destacar que en los artículos 44, 45 y 54 de la Constitución Nacional se equipara a los representantes de la Ciudad de Buenos Aires con los de las demás provincias; en el artículo 75, inciso 2 se la incluye en lo relativo a las contribuciones y a la distribución;

44. Cfr. Ekmedjian, Miguel A., *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Depalma, 4° ed., 1999, p. 359.

45. Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, T. I-A, p. 675 y ss.

46. Cfr. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Zavallía, Buenos Aires, 3° edición, 2000, p. 777; en igual sentido, Sala I, “Klimovsky, Silvio Rafael y otros c/GCBA y otros s/amparo”, Expte. N° 25/O, 16 de noviembre de 2000, entre otros precedentes.

en el artículo 99, inciso 2 se hace referencia a su posible intervención; y en el artículo 125, inciso 2 se equiparan las facultades de las provincias con las de la Ciudad.

Todas estas consideraciones permiten sostener que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, si bien no es una provincia,⁴⁷ ostenta un *status* asimilable al de una provincia, claramente diferenciado de un municipio, que es el de “Ciudad Autónoma”, cuyo régimen y límites surgen de los artículos 75, 126, 127 y 129 de la Constitución Nacional.

En efecto, el poder constituyente reformador de 1994, al tiempo que dotó de autonomía a la Ciudad de Buenos Aires, también readecuó a este nuevo estado algunas cláusulas constitucionales. Nótese, entre otros supuestos, cómo la Convención Constituyente otorgó a la Ciudad de Buenos Aires idéntica representación política que la que poseen las provincias en ambas cámaras del Parlamento. En efecto, la Cámara de Diputados cuenta con representantes de la Ciudad de Buenos Aires, los cuales son elegidos directamente por sus habitantes (cfr. artículo 45, CN) y la Cámara de Senadores encuentra entre sus integrantes a tres representantes de esta Ciudad (cfr. artículo 54, CN). También se modificaron los artículos de la Constitución referidos a la intervención federal, estableciéndose que, al igual que lo que sucede con las demás provincias argentinas, el Poder Legislativo de la Nación puede disponer la intervención federal a la Ciudad de Buenos Aires (cfr. artículo 75, inciso 30, CN), mientras que el Poder Ejecutivo de la Nación lo podrá hacer cuando el Congreso esté en receso (cfr. artículo 99, inciso 20, CN). Asimismo, se confirió a la Ciudad de Buenos Aires igual poder financiero que a los restantes Estados locales (cfr. artículos 75, inciso 2, 124 y 129, CN).

Así las cosas, aun admitiendo que la Ciudad de Buenos Aires no es estrictamente una provincia, el estadio actual de consolidación de sus instituciones autónomas lleva a que no corresponda otorgarle el mismo trato que a cualquier persona jurídica, ya que ello lesionaría gravemente sus potestades jurisdiccionales y, consecuentemente, su autonomía. Por lo tanto, aceptar que la Ciudad sea juzgada por un tri-

47. Cfr. doctrina de Fallos: 322:2856; 323:1199; 327:2357 y “Moreno, María Yanina y otro c/GCBA y otro s/amparo ley 16.986”, 19 de febrero de 2015.

bunal federal de primera instancia o por un tribunal provincial es, sin duda, menoscabar su autonomía.

LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Y LA COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. EL CASO NO PREVISTO

De acuerdo con lo normado por el artículo 117 de la Constitución Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ejerce su jurisdicción originaria en los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte. Dicha norma “procura asegurar, esencialmente, la imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones con países extranjeros”.⁴⁸ La competencia originaria de la Corte es excepcional y de interpretación restrictiva⁴⁹ y no es susceptible de ser ampliada ni restringida.⁵⁰

En el Decreto-ley N° 1285/58 se reglamentaron los alcances de esta competencia definiendo que corresponde conocer a la Corte, de modo exclusivo y originario, en los asuntos que se susciten entre dos o más provincias; en los casos civiles entre una provincia y algún vecino o vecinos de otra; entre una provincia y ciudadanos o súbditos extranjeros; y en aquellos casos que versen entre una provincia y un Estado extranjero (cfr. artículo 24, inciso 1). Se considera vecinos, entre otros, a las personas jurídicas de derecho público del país (cfr. artículo 24, inciso 1. b).

Es claro entonces que la posibilidad de que la Ciudad de Buenos Aires acceda a la jurisdicción originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando litiga –como actora o demandada– contra el Estado Nacional, contra uno de sus entes autárquicos o contra una provincia, es un caso no previsto por la Constitución Nacional y el Decreto-ley N° 1285/58, circunstancia que, por sí sola, podría llevar a la conclusión de que la CABA se encuentra excluida de la posibilidad de acceder a la competencia originaria de la CSJN. Ello no obstante, tal como lo puso de resalto la Dra. Argibay en su voto en los autos “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Tierra del Fuego, Provincia de s/cumplimiento de contrato y cobro de pesos”,⁵¹ al que adhirió el Dr. Zaffaroni, tanto el men-

48. Fallos: 331:1312, entre muchos otros.

49. Cfr. Fallos: 286:237.

50. Cfr. Fallos: 234:791; 302:63, entre otros.

51. Fallos: 330:5279, del 18 de diciembre de 2007.

tado artículo 117 como el Decreto-ley N° 1285/58 son cronológicamente anteriores a la autonomía de la Ciudad, por lo que no pueden ser aplicados de conformidad con la doctrina tradicional de la Corte referida a su competencia originaria.

Desde otro ángulo, si bien no se discute que la competencia originaria es excepcional, de interpretación restrictiva e insusceptible de ser ampliada o restringida, lo cierto es que el Máximo Tribunal federal ha entendido anteriormente en causas que no se encontraban contempladas en el artículo 117 de la CN. En efecto, en supuestos donde una provincia demandó al Gobierno Federal con base en normas del Derecho Público local, la Corte amplió su competencia a pesar de que dicho supuesto no se encontraba expresamente mencionado en la Constitución (cfr. Fallos: 270:436; 272:250; 305:1866; 308:2513, entre otros). El fundamento de esa decisión radicó en la necesidad de “armonizar las prerrogativas jurisdiccionales que gozan ambas partes, tanto la Nación al fuero federal, según el artículo 116 de la Ley Fundamental, como el Estado local a la competencia originaria de la Corte, conforme al artículo 117”, objetivo que se alcanzó sustanciando la acción en la instancia originaria, para lo cual resulta indiferente la materia sobre la que versa el pleito (cfr. Fallos: 331:410; 330:4076).

Por estas razones, el silencio en torno a los asuntos en que es parte la Ciudad de Buenos Aires no debe importar un obstáculo para que, luego de una interpretación armónica de los artículos 116, 117 y 129 de la Carta Magna, se otorgue a la Ciudad la potestad de acceder a la competencia originaria y exclusiva de la Corte.

Por otra parte, no debe olvidarse que la Constitución Nacional es un todo coherente y armónico en el cual cada precepto recibe y confiere su inteligencia de y para los demás. De tal modo, ninguno puede ser estudiado aisladamente sino en función del conjunto, como parte de una estructura sistemática considerada en su totalidad.⁵² Cuando se trata de interpretar normas constitucionales deberá siempre hacerse lo

... con un criterio amplio, liberal y práctico y nunca estrecho, limitado y técnico, de manera que, en la aplicación práctica de sus disposiciones, se cumplan cabalmente los fines que la informan (...). La Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el cual el

52. Cfr. Fallos: 329:875 y 315:71, entre otros.

significado de cada parte debe determinarse en armonía con el de las partes restantes; ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y siempre debe preferirse la interpretación que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas de la ley suprema.⁵³

Es que no puede soslayarse que la Constitución Nacional conforma un programa de gobierno en el marco de un régimen político delimitado. Tal situación obliga al intérprete a contemplar la letra de la norma de consuno con esta particularidad que caracteriza a la Carta Magna y que constituye su esencia y espíritu.

En este contexto, para interpretar las reformas introducidas por el constituyente, no debe perderse de vista que el propio texto constitucional admite la posibilidad de su reforma total o parcial, siempre que la necesidad de la reforma sea declarada mediante ley del Congreso de la Nación (cfr. artículo 30 CN). Sobre la declaración de la necesidad de la reforma, ha señalado la doctrina que

... [e]l Congreso debe manifestar inequívocamente que considera necesaria la reforma constitucional, en todo o en cualquiera de sus partes. (...) Si declara necesaria la reforma parcial, debe indicar los artículos sujetos a modificaciones o bien las partes materiales que requieren revisión y hasta puede indicar las normas inmodificables en la ocasión.⁵⁴

Ahora bien, la Ley N° 24309, que declaró la necesidad de la reforma para 1994, no previó la modificación de los actuales artículos 116 y 117 de la norma fundamental porque el tema de la competencia federal no formó parte del llamado “Núcleo de coincidencias básicas” (cfr. artículos 1 y 2, Ley N° 24309). Como consecuencia de ello, es claro que el poder constituyente reformador estaba impedido de modificar los ya mentados artículos 116 y 117 de nuestra Ley Fundamental para readecuarlos al nuevo diseño político-institucional de la República y hacerlos compatibles con el artículo 129 que en ese mismo momento se estaba incorporando.

Por todos estos argumentos, mantener una interpretación que excluya a la Ciudad de Buenos Aires de los supuestos que pertenecen a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

53. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Plus Ultra, 2° ed., 1978, T. 3, pp. 663 y 676.

54. Gelli, María Angélica, *op. cit.*, T. I, p. 444.

resulta contrario al espíritu mismo de la Constitución, al tiempo que negar la competencia originaria a la Ciudad conlleva la erosión de la igualdad política buscada por nuestro programa constitucional.

La jurisprudencia de la CSJN

La conclusión postulada más arriba, según la cual la CABA tiene derecho a acceder a la competencia originaria de la Corte cuando el Estado Nacional –o uno de sus entes autárquicos– haga uso de la prerrogativa federal que le asiste o bien cuando litigue contra una provincia, no es la que se desprende de la jurisprudencia del Máximo Tribunal federal.⁵⁵ En efecto, el cimero Tribunal ha resuelto de modo casi invariable que, dado que la CABA no es una provincia argentina, no le corresponde litigar en su jurisdicción originaria.⁵⁶

La excepción a lo que, al menos por el momento, parece ser una posición consolidada en el Máximo Tribunal está dada por el pronunciamiento recaído en los autos “Ciudad de Buenos Aires c/Casa de la Provincia del Chubut”.⁵⁷

El referido juicio se trataba de una ejecución fiscal promovida ante la Justicia nacional en lo civil contra la Provincia de Chubut –Casa de

55. Cabe apuntar que esta solución es, por el momento, minoritaria en los juzgados de primera instancia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad. A modo ilustrativo de la posición que aquí se propicia, pueden consultarse las resoluciones sobre este tema dictadas por el juzgado Contencioso Administrativo y Tributario 20, v. gr. “Casal Francisco R. y otros c/Banco Ciudad de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios”, Expte. N° 43.969/0, del 8 de agosto de 2013, “GCBA c/Dirección de Obra Social de la Universidad de Buenos Aires s/ejecución fiscal”, Expte. N° B63.176-2013/0, del 15 de septiembre de 2014, y “GCBA c/Organismo Nacional de Administración de Bienes s/ejecución fiscal”, Expte. N° B81.581-2013/0, del 15 de febrero de 2016. La Sala III también postuló este criterio en los autos “GCBA c/PROFE BA (PROFE - Ministerio de Salud de la provincia de Buenos Aires) s/ejecución fiscal”, Expte. B69.735-2013/0, del 12 de abril de 2016, y la Sala I y II lo han adoptado recientemente en “GCBA c/Ministerio de Bienestar Social (Acc. Soc. Casa de La Pampa) s/cobro de pesos”, Expte. N° 40.515/0, del 4 de agosto de 2016 y “GCBA c/Ministerio de Salud Pública de la provincia del Chaco s/ejecución fiscal”, Expte. N° B10787-2014/0, del 9 de agosto de 2016, respectivamente. Finalmente, cabe destacar que el Tribunal Superior de Justicia, el 19 de agosto de 2016, en los autos “GCBA c/Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego e Islas del Atl. s/ej. Fisc. - Otros s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. N° 11.162/14, rechazó el recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA y ordenó remitir los autos a la CSJN.

56. Cfr. Fallos: 323:3991; 327:4768; 327:5254 y 330:5279, entre otros.

57. Fallos: 326:2479, sentencia del 5 de agosto de 2003.

la Provincia–, en su carácter de titular de dominio de un inmueble ubicado en la CABA, a fin de obtener el pago de una constancia de deuda. La provincia demandada opuso excepción de incompetencia por corresponder el pleito –a su entender– a la competencia originaria de la Corte Suprema. El juez civil interviniente se declaró competente con fundamento en la materia del pleito. Dicho fallo fue apelado por el Estado local y, a su turno, la Cámara confirmó la resolución del magistrado civil, decisión que dio lugar a que la Provincia de Chubut dedujera recurso extraordinario federal.

En esa oportunidad, el dictamen de la Procuración General –al que se remitió la Corte Suprema–, luego de señalar que la materia debatida se encontraba regida por el Derecho Público local de la Ciudad, señaló que, en virtud de lo normado por el artículo 2 del CCAYT, el proceso correspondería al fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. No obstante afirmó, dado que en el pleito era parte una provincia, que ella sólo podía ser demandada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación o, en su defecto, ante sus propios jueces, y que de aceptarse la competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, resultarían afectadas dichas prerrogativas constitucionales. Añadió que

... tampoco deberían remitirse las actuaciones a la Justicia local [se refiere a la de la Provincia de Chubut], por cuanto se violaría el artículo 129 de la Constitución Nacional, que inviste a la Ciudad de Buenos Aires de un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de jurisdicción.

En suma, concluyó que “a fin de salvaguardar los intereses de la Ciudad y toda vez que la Corte constituye el fuero natural de las provincias argentinas, el proceso debe tramitar ante los estrados del tribunal en instancia originaria”.

La solución propuesta por el Procurador General en los autos “Ciudad de Buenos Aires c/Casa de la Provincia del Chubut” contempla las particularidades de los dos sujetos involucrados, no sólo el hecho de que uno de ellos es una provincia. Además, cabe destacar que en el dictamen se recordó que “las sentencias de la Corte deben ajustarse a las circunstancias existentes en el momento en que se dictan, aunque estas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario”. Si bien no se lo dice expresamente, puede inferirse que, en este

caso, el hecho sobreviniente es la puesta en funciones de los tribunales contenciosos locales. Cabe apuntar que el juicio fue promovido por la Ciudad el 30 de diciembre de 1997, es decir, antes de que entraran en funcionamiento los juzgados contencioso administrativo y tributarios de la Ciudad, lo cual explica por qué la demanda fue presentada por la CABA en el fuero civil.

El razonamiento expuesto en el referido dictamen es claro: la materia del pleito está regida por el Derecho Público de la Ciudad y, por ende, correspondería a la competencia de sus tribunales, pero dado que de una de las partes sólo puede ser demandada ante sus propios tribunales provinciales o ante la CSJN, debe entender en él la Corte en instancia originaria. En este caso, la autonomía que el artículo 129 confiere a la Ciudad fue interpretada con un alcance pleno. El dictamen no asimila a la CABA con una provincia, sino que tiene en cuenta las características que su régimen de gobierno posee a la luz de la referida norma constitucional, en particular sus facultades jurisdiccionales, y llega a una conclusión que salvaguarda los intereses de los dos Estados intervinientes en el litigio.

La posición adoptada en el fallo “GCBA c/Casa de la Provincia del Chubut” fue expresamente abandonada en “GCBA c/Tierra del Fuego, Provincia de s/cumplimiento de contrato y cobro de pesos”.⁵⁸ Allí, en el marco de un juicio que el GCBA había promovido contra la Provincia de Tierra del Fuego por cumplimiento de convenio de asistencia médica hospitalaria, la Corte –por mayoría– sostuvo que en todas las oportunidades en que, con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, fue necesario calificar el *status* institucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto de esclarecer si es aforada o no a su competencia originaria, había decidido desde el primer precedente en que tuvo ocasión de pronunciarse⁵⁹ “que aquella entidad no es una provincia argentina y que, por ende, no le corresponden las prerrogativas que la Ley Suprema reconoce únicamente a dichos Estados locales de litigar (...) en la instancia originaria de esta sede”.

Luego, a fin de despejar cualquier duda, el Máximo Tribunal federal, de modo enfático afirmó que

58. Fallos: 330:5279, del 18 de diciembre de 2007.

59. Esto es, Fallos: 322:2856.

... esta Corte en su actual composición comparte la interpretación de los textos constitucionales llevada a cabo en los reiterados precedentes citados en los considerandos 2º, 3º y 4º, que han negado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la condición de aforada a la competencia originaria reglada por los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, por lo que los procesos en que sean parte una provincia y dicha ciudad no corresponden por la única condición de las personas al conocimiento del Tribunal en esta instancia.

El Tribunal cimero calificó de “aislada” (considerando 7, párrafo primero) a la solución tomada en “Ciudad de Buenos Aires c/Casa de la Provincia del Chubut”, señaló que “se trató de una decisión única que no generó seguimiento ulterior” (considerando 7, último párrafo) y expresó que esa decisión

... se sostuvo en un fundamento objetable, en la medida que, por un lado, el reconocimiento a la ciudad autónoma de facultades propias de jurisdicción –sin que corresponda abrir juicio en esta oportunidad acerca de su extensión– sólo tiene el preciso alcance de atribuir a las autoridades locales de poderes para resolver ciertas colisiones efectivas de derechos, mas esas facultades no son incompatibles ni configuran un impedimento para que dicho Estado sea sometido a otras jurisdicciones de inequívoca raigambre constitucional, como son las expresamente reconocidas a los Estados provinciales y a la Nación de litigar sólo ante sus propios tribunales, fuera de los supuestos típicos y de excepción asignados a la competencia originaria de esta Corte. A la ausencia de correlación entre el enunciado del que se parte y la conclusión que se obtiene, cabe agregar que la inconsistencia de ese desarrollo argumentativo también está dada porque constituye una vía elíptica, pero indisimulable, para sostener un resultado semejante al que se obtendría de efectuar una equiparación entre el Estado autónomo y las provincias que es desconocida por diversas y concordes cláusulas constitucionales a la ciudad autónoma una construcción artificiosa, que por medio de una hermenéutica inapropiada de una disposición concerniente a las facultades de una entidad local *sui generis* incluida entre los gobiernos de provincia (Título Segundo, artículo 129 de la Ley Suprema) tenga como inaceptable efecto inmediato extender las atribuciones que, con carácter de conjunto cerrado y taxativo con respecto a las provincias, se reconocen a esta Corte por las disposiciones atinentes al Gobierno Federal que reglan la competencia

originaria del órgano que es cabeza del Poder Judicial de la Nación (Título Primero, Sección III, Capítulo Segundo, artículos 116 y 117).

Finalmente, para despejar cualquier duda, la CSJN aclaró que dado que la CABA es una persona jurídica de derecho público con domicilio en su territorio, son aplicables las excepciones en favor de la competencia originaria de esta Corte contempladas de modo genérico por la Constitución Nacional para los procesos entre aquellas personas en que se ventilare una causa civil o de manifiesto contenido federal.

En resumidas cuentas, la Corte entendió que la CABA no es una provincia, que en consecuencia no posee la condición de aforada a la competencia originaria reglada por los artículos 116 y 177 de la CN, y sólo podrá acceder a ella en los mismos supuestos en los que podría hacerlo cualquier persona humana o jurídica.

Por su parte, en la referida causa los Dres. Eugenio Zaffaroni y Carmen Argibay, apartándose del criterio de la mayoría, ellos consideraron que el juicio correspondía a la competencia originaria de la Corte. Entre los fundamentos del voto de la Dra. Argibay –a los que adhirió el Dr. Zaffaroni– se señaló que el caso de los pleitos entre la Ciudad de Buenos Aires y otra provincia debe ser tratado como un caso no previsto en las normas constitucionales y legales sobre jurisdicción federal, las cuales tienen un origen cronológicamente muy anterior a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, y no como uno que pueda resolverse por medio de las reglas habituales relativas a la competencia originaria de la CSJN.

Tal como aconteció en “Ciudad de Buenos Aires c/Casa de la Provincia del Chubut” con los fundamentos del dictamen al que se remite la Corte, los argumentos que desarrolla la Dra. Argibay no parten de considerar a la Ciudad como una provincia (cfr. considerando 4), sino que se centran en la necesidad de buscar una solución que contemple y haga efectivas la autonomía institucional de la CABA y, en particular, las facultades de jurisdicción que posee. Las razones desarrolladas por la mencionada Ministra de la Corte son tan claras como contundentes. En sus palabras:

... interpretar que la ausencia de previsión constitucional específica obliga a ese Estado a resignar sus facultades propias de jurisdicción en favor de los tribunales de cualquier otra provincia con la que mantenga un litigio judicial, anula uno de los aspectos centrales de la au-

tonomía política que tienen todos los Estados que forman parte de la federación, a saber: la de no estar obligado a someterse al poder de otros Estados Miembros.

Llegados este punto cabe preguntarse qué clase de autonomía se reconoce a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuando se la obliga a litigar ante los tribunales de primera instancia del fuero federal o los provinciales, según el caso, como ocurre con cualquier persona. Pareciera que se piensa, en estos casos, en la autonomía que diseñó el legislador cuando sancionó la Ley N° 24588 y no en aquella que pincelaron los constituyentes al redactar el artículo 129 de la Constitución Nacional. Ninguna duda cabe de que la CABA no es una provincia. Ya su nombre así lo indica. Pero en orden a desentrañar qué implica ser una “ciudad autónoma” no pueden pasarse por alto los rasgos distintivos que, por imperativo de la Ley Fundamental, posee la Ciudad. Es que el artículo 129 de la CN, en cuanto establece que “[l]a ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción”, no es una disposición aislada e incoherente con las restantes que posee la Ley Fundamental. Como correlato del particular régimen de gobierno autónomo que posee la CABA, cuenta con representantes propios en la Cámara del Senado y en igual número que las provincias (cfr. artículo 54 CN); con representantes en la Cámara de Diputados, en la misma proporción que las provincias (cfr. artículo 46 CN); puede disponerse su intervención federal (cfr. artículos 75, inciso 31, y 99, inciso 20 CN). Por ello, someter a la Ciudad a las mismas reglas que se aplican a cualquier persona humana o jurídica para decidir en qué casos le asiste la potestad de acceder a la instancia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es una solución que no parece respetuosa de la autonomía que por imperativo constitucional la Ciudad posee. Por otra parte, tampoco se advierte la existencia de una alternativa que salvaguarde los intereses de la Ciudad y que, además, contemple el derecho indiscutible que asiste a las provincias a ser demandadas sólo ante sus propios jueces o el del Estado Nacional a serlo ante el fuero federal.

Por último, no puede pasarse por alto el pronunciamiento del 9 de diciembre de 2015 recaído en los autos “Corrales, Guillermo Gustavo y

otros s/hábeas corpus”.⁶⁰ En el citado precedente, el voto mayoritario de los jueces Lorenzetti y Maqueda, recordó –con cita de jurisprudencia anterior– que el artículo 8 de la Ley N° 24588 –que dispone que la Justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires continuará a cargo del Poder Judicial de la Nación y reconoce a la Ciudad de Buenos Aires facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso administrativa y tributaria locales– es reglamentario del artículo 129 de la Constitución Nacional. También se reiteró la jurisprudencia en la cual se concluyó, valorando los antecedentes parlamentarios que precedieron al dictado de la citada ley, que el legislador tuvo como finalidad “generar, gradualmente, un traspaso ordenado de distintas competencias nacionales a la órbita judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

El fallo mencionado resulta valioso en tanto en él se señaló que, en atención a que la Constitución Nacional reconoce la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, no puede sino concluirse que el carácter de tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio y que, teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994, “las competencias que actualmente ejerce la Justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. Como colofón, se afirmó que

... transcurridos ya más de veinte años de la reforma constitucional de 1994, resulta imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional.

Es indudable que el pronunciamiento dictado en “Corrales” constituye un reconocimiento decisivo por parte del Máximo Tribunal federal de las facultades jurisdiccionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, en definitiva, de su autonomía. Sin embargo, no parece poder inferirse de él que la CSJN haya variado el criterio negativo de su jurisdicción originaria para la Ciudad expuesto en “GCBA c/Tierra del Fuego, Provincia de s/cumplimiento de contrato y cobro de pesos” y reiterado en numerosos fallos posteriores.

60. Fallos: 338:1517.

Una necesaria aclaración

La solución que se propone no importa desconocer la innegable autoridad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es sabido que, si bien las sentencias de la Corte Suprema sólo deciden los procesos concretos que le son sometidos y ellas no resultan obligatorias para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber moral de conformar sus decisiones a esa jurisprudencia.⁶¹

Sin embargo, no pueden desconocerse los sólidos fundamentos expuestos por la Dra. Argibay, a los que adhirió el Dr. Zaffaroni, en la disidencia allí formulada en “GCBA c/Tierra del Fuego, Provincia de s/cumplimiento de contrato y cobro de pesos”, los cuales operan como una suerte de habilitación a los tribunales inferiores para decidir conforme a ellos.

Paralelamente, puede pensarse que el proceso de reconocimiento de la autonomía de la Ciudad es efectivamente eso, un proceso, en el cual la dialéctica de las resoluciones judiciales juega un papel relevante. Vale preguntarse, entonces, si no existe un deber moral, para utilizar la terminología que emplea la Corte, que imponga a los jueces que integran el Poder Judicial de la Ciudad la obligación –también moral– de hacer respetar el régimen de gobierno autónomo que posee en virtud del artículo 129 de la Constitución Nacional, el cual la convirtió en uno más de los Estados federados, junto con las provincias que componen la Nación.

Competencia de la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La cláusula transitoria decimosegunda de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires previó que la Justicia Contravencional y de Faltas es la competente para conocer en el juzgamiento de todas las contravenciones tipificadas en leyes nacionales y otras normas aplicables en el ámbito local y dispuso el cese de toda competencia jurisdiccional que las normas vigentes asignen a cualquier otra autoridad.

Por su parte, la Ley N° 7 orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires establece que la Justicia de primera instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas está integrada por 31 juzgados que conocen en la aplicación del Código Contravencional de la Ciudad de Bue-

61. Cfr. doctrina de Fallos: 332:1488 y 330:4040, entre muchos otros.

nos Aires, la legislación de faltas y los delitos tipificados en el Código Penal cuyas competencias se hayan transferido a la Ciudad de Buenos Aires.⁶² La competencia del referido fuero se encuentra definida en la Ley N° 1217 de Procedimiento de Faltas,⁶³ en la Ley N° 12 de Procedimiento Contravencional⁶⁴ y en el Código Procesal Penal de la Ciudad.⁶⁵

Debe señalarse que con relación a la competencia jurisdiccional penal, la Ciudad y el Estado Nacional han suscripto una serie de convenios a través de los cuales se acordó que diversos delitos cometidos en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires sean investigados por el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad y juzgados por sus jueces.

El primer convenio celebrado entre ambas jurisdicciones, denominado Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, fue suscripto el 7 de diciembre de 2000.⁶⁶ Mediante el referido convenio se acordó la transferencia de la competencia para investigar y juzgar los hechos de tenencia y portación de armas de uso civil y su suministro a quien no fuera legítimo usuario (artículo 189 bis del Código Penal), cometidos en el territorio porteño.⁶⁷

Un segundo convenio, complementario del anterior,⁶⁸ fue suscripto el 1 de junio de 2004, y su aprobación se efectuó a través de la Ley local N° 2257 y de su par nacional N° 26357.⁶⁹ Según surge de la prime-

62. Cfr. arts. 7 y 42, Ley N° 7.

63. El art. 27 de la Ley N° 1217 (publicada el 26 de diciembre de 2003 en el BOCBA N° 1846) establece que “[l]a jurisdicción en materia de faltas será ejercida por el fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La competencia en materia de faltas es improrrogable” (texto cfr. art. 2 de la Ley N° 4615, BOCBA N° 4225 del 29 de agosto de 2013).

64. El art. 2 de la Ley N° 12 (publicada el 15 de abril de 1998 en el BOCBA N° 405) prevé que “[e]ntienden en la contravención el Juez o Jueza y el o la Fiscal competentes, por turno, al tiempo en que se hubiere cometido la contravención”.

65. El Código Procesal Penal de la Ciudad integra el anexo de la Ley N° 2303. El art. 16 de la referida ley (publicada el 08 de mayo de 2007 en el BOCBA N° 2679) dispone que “[e]ntenderá en el hecho el órgano jurisdiccional competente al tiempo en que se hubiere cometido el delito según lo determinen las leyes y los reglamentos pertinentes”.

66. Ratificado por la Ley local N° 597 (publicada el 29 de junio de 2001 en el BOCBA N° 1223) y por su par nacional N° 25752 (publicada el 28 de julio de 2003 en el BO N° 30200).

67. Cfr. Cláusula primera, anexo I.

68. Cfr. Cláusula cuarta.

69. La Ley local N° 2257 fue publicada el 22 de enero de 2007 en el BOCBA N° 2609 y su par nacional N° 26357 fue sancionada el 28 de febrero de 2008 y promulgada de hecho

ra de sus cláusulas, se transfirió a la jurisdicción de la Ciudad la persecución y juzgamiento de una serie de delitos, cuando sean cometidos en el espacio territorial local. Entre ellos se encuentran las conductas tipificadas en el Código Penal que a continuación se detallan: lesiones en riña (artículos 95 y 96, Código Penal), abandono de personas (artículos 106 y 107, Código Penal), omisión de auxilio (artículo 108, Código Penal), exhibiciones obscenas (artículos 128 y 129, Código Penal), matrimonios ilegales (artículos 134 a 137, Código Penal), amenazas (artículo 149 bis, primer párrafo, Código Penal), violación de domicilio (artículo 150 Código Penal), usurpación (artículo 181, Código Penal), daños (artículos 183 y 184, Código Penal), ejercicio ilegal de la medicina (artículo 208, Código Penal) y los delitos tipificados en las leyes N° 13944, N° 14346 y en el artículo 3 de la Ley N° 23592, es decir, el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, maltrato y crueldad a los animales y actos de discriminación.

Posteriormente, el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 26702⁷⁰ y dispuso, unilateralmente, la transferencia al Ministerio Público Fiscal y a los jueces de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la competencia para investigar y juzgar, respectivamente, una serie de delitos y contravenciones, enumerados en el anexo de la ley,⁷¹ de carácter no federal,⁷² conforme a los procedimientos establecidos en el Código Procesal Penal de la CABA. Entre los delitos transferidos se destacan aquellos contra la Administración y la fe pública locales y los vinculados a materia de competencia pública local.

Asimismo, por medio del artículo 2 de la referida ley se atribuyó al Poder Judicial de esta Ciudad

... la competencia para investigar y juzgar los nuevos delitos de competencia penal ordinaria, aplicables en su ámbito territorial, que se

el 28 de marzo de 2008.

70. Publicada el 6 de octubre de 2011 en el BO N° 32250.

71. En el anexo de la ley se encuentran enumerados, entre otros, los delitos de lesiones, duelo, abuso de armas, violación de domicilio, impedimento u obstrucción de contacto, atentado y resistencia contra la autoridad, falsa denuncia de delitos cuya competencia se encuentre transferida a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, usurpación de autoridad, títulos u honores, violación de sellos y documentos, cohecho y tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, prevaricato, falso testimonio, estafa procesal acaecida en procesos judiciales tramitados ante los tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, delito contra la seguridad del tránsito, etc.

72. Cfr. art. 1.

establezcan en lo sucesivo en toda ley de la Nación, salvo que expresamente se disponga lo contrario.

Finalmente, se debe señalar que si bien el artículo 8 dispuso que esta ley se “perfeccionará con la entrada en vigencia de la ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que acepte, sin limitaciones ni reservas, las disposiciones de la presente ley”, lo cierto es que al día de hoy ello aún se encuentra pendiente.

Cabe destacar que el Tribunal Superior de Justicia en los autos “Neves Cánepa”,⁷³ apartándose del criterio expuesto por la Corte Suprema en el precedente “Zanni”,⁷⁴ sostuvo que por imperio de la regla general según la cual asisten a la Ciudad, como propias, todas las facultades no delegadas a la Nación en el texto de la CN, ni retenidas o conservadas por el Gobierno Federal por las excepcionales razones previstas en el artículo 129 de la CN, la investigación y juzgamiento de los delitos creados por el Congreso de la Nación con posterioridad a la sanción de la Ley N° 24588 corresponden a la competencia del Poder Judicial de esta Ciudad.

En el referido fallo, el TSJ afirmó que

... [e]l artículo 129 de la CN reconoce a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires facultades jurisdiccionales propias, por lo que, como principio, no hay razones para sostener que se precisa ningún acuerdo o autorización para asumir o tomar lo que le corresponde a su Poder Judicial por imperio de la Constitución Nacional.

Y añadió que

... [t]anto la CN como la “ley de garantías” (...) resultan claras en su letra y espíritu. Esto es que aquellas disposiciones que estipulan sanciones para conductas que con anterioridad a la Ley N° 24588 no eran objeto de persecución penal son, como principio, competencia del Poder Judicial de la Ciudad. Ello, sin perjuicio de aquellos casos en que el Gobierno Federal se adjudique expresamente su persecución y juzgamiento.

73. Autos “Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Neves Cánepa, Álvaro Gustavo y Orono, Franco Ariel s/infr. art. (s) 193 bis CP’”, Expte. N° 7312/10, sentencia del 21 de diciembre de 2010.

74. Fallos: 333:589.

La Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas reiteró los lineamientos sentados por el Máximo Tribunal local en “Naves Cánepa” en los autos “P.F. s/artículo 128 Código Penal”.⁷⁵

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Zanni”, en el marco de una contienda negativa de competencia vinculada con un delito relacionado con el régimen legal para el desarmado de automotores, tipificado en el artículo 13 de la Ley N° 25761, entendió que correspondía intervenir a la Justicia nacional. En el dictamen de la Procuración General de la Nación –al que se remitió la CSJN– se señaló que el propósito del legislador nacional fue generar un traspaso gradual de distintas competencias nacionales a la órbita de la Justicia local, sin que por ese motivo se altere la prestación correcta de la administración de justicia. Por ello, conforme el citado fallo, los nuevos tipos penales que, eventualmente, se sancionen en el futuro, a menos que contengan disposiciones expresas, deben ser sometidos a un nuevo convenio de partes y posterior ratificación legislativa para integrar la jurisdicción local.

Finalmente, desde una óptica diametralmente opuesta, hay quienes sostienen que, transcurridos más de veinte años de la reforma constitucional que otorgó a la CABA un régimen de gobierno autónomo, con facultades de legislación y jurisdicción, deben ser los jueces locales, esto es, los jueces penales, contravencionales y de faltas de la Ciudad los que conozcan y juzguen todo delito que sea cometido en su territorio, reconociendo como única limitación admisible que se trate de un ilícito perteneciente a la materia federal.⁷⁶

Artículo 107

El Poder Judicial de la Ciudad lo integra el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Magistratura, los demás tribunales que la ley establezca y el Ministerio Público.

El Poder Judicial de la Ciudad está integrado por el Tribunal Superior de Justicia, los demás tribunales que la ley establezca, el Consejo de la Magistratura y el Ministerio Público⁷⁷ Fiscal, de la Defensa y Tutelar.

75. Sala I, Cámara de Apelaciones del fuero Penal, Contravencional y de Faltas, 21 de septiembre de 2015.

76. Ver sentencia del 30 de agosto de 2016, juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 14, “L., D.P. s/artículo 1472:52”.

77. La Ley N° 1903 es la Ley Orgánica del Ministerio Público.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito nacional, la manda constitucional local incluye expresamente dentro de la órbita del Poder Judicial tanto al Consejo de la Magistratura como al Ministerio Público. A nivel nacional, la CN no contempla expresamente al Consejo de la Magistratura como integrante del Poder Judicial, pero en razón de la ubicación de los artículos que lo regulan, la doctrina lo ha considerado parte integrante de aquel.⁷⁸ Respecto del Ministerio Público, en cambio, la Ley Fundamental nacional lo ha caracterizado como un órgano independiente, es decir, extrapoder.

La Legislatura local sancionó la Ley N° 7 Orgánica del Poder Judicial, que en su artículo 7 prevé:

El Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires es ejercido por:

1. El Tribunal Superior de Justicia.
2. El Consejo de la Magistratura.
3. El Ministerio Público y
4. Las Cámaras de Apelaciones
 - a. en lo Civil,
 - b. en lo Comercial,
 - c. del Trabajo,
 - d. en lo Penal, Contravencional y de Faltas,
 - e. en lo Contencioso Administrativo y Tributario,
 - f. en lo Penal Juvenil.
5. Los Juzgados de Primera Instancia
 - a. en lo Civil,
 - b. en lo Comercial,
 - c. del Trabajo,
 - d. en lo Penal, Contravencional y de Faltas,
 - e. en lo Contencioso Administrativo y Tributario,
 - f. de Menores,
 - g. de Ejecución y Seguimiento de Sentencia.
6. Los Tribunales
 - a. de Vecindad,
 - b. Electoral,
 - c. de Menores.

78. Ver, por ejemplo, Gelli, María Angélica, *op. cit.*, p. 778 y Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, T. III, p. 371.

Si bien en su restante articulado la ley detalla la composición y competencia de los tribunales enumerados, en su título quinto,⁷⁹ como disposición transitoria, se estableció que

Los artículos 29, 30, 31, 32, 36, 37, 38, 39 y 40,⁸⁰ quedan suspendidos en su vigencia. El funcionamiento de estos tribunales queda sujeto al acuerdo que el Gobierno de la Ciudad celebre con el Gobierno Federal con el objeto de transferir los juzgados nacionales de los fueros ordinarios, su competencia y partidas presupuestarias, en los términos de la cláusula decimotercera de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Asimismo, se debe prever la transferencia proporcional de las partidas presupuestarias pertinentes para atender las causas que, en trámite ante el Poder Judicial de la Nación, se remitan al fuero Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

Actualmente, solamente se encuentran en funciones, integrando el Poder Judicial de la Ciudad, los fueros Contencioso Administrativo y Tributario y Penal, Contravencional y de Faltas.

79. Título quinto incorporado por el art. 2 de la Ley N° 5288, BOCBA N° 4672 del 3 de julio de 2015.

80. Dichos artículos son los que se refieren a la competencia y composición de los tribunales civiles, comerciales, laborales, de menores y de ejecución penal.

Artículo 108

En ningún caso el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo pueden ejercer funciones judiciales ni arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas. Cada uno de ellos es responsable en el ámbito de su competencia, de dotar al Poder Judicial de los recursos necesarios para garantizar el acceso a la justicia y la resolución de los conflictos en tiempo razonable y a un costo que no implique privación de justicia.

Artículo 109

Los miembros del Tribunal Superior de Justicia, los del Consejo de la Magistratura, los jueces, los integrantes del Ministerio Público y los funcionarios judiciales asumirán el cargo jurando desempeñar sus funciones de conformidad con lo que prescribe la Constitución Nacional, esta Constitución y las leyes nacionales y locales.

El acto de juramento o compromiso se prestará ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, con excepción de los Miembros del Consejo de la Magistratura que lo harán ante el Presidente de la Legislatura.

Artículo 110

Los jueces y los integrantes del Ministerio Público conservan sus empleos mientras dure su buena conducta y reciben por sus servicios una retribución que no puede ser disminuida mientras permanezcan en sus funciones. Gozan de las mismas inmunidades que los legisladores. Pagan los impuestos que establezca la Legislatura y los aportes previsionales que correspondan.

LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES: UN DELICADO BALANCE ENTRE GARANTÍAS CLÁSICAS E INNOVADORAS

Por María Sofía Sagüés

MARCO DEL DEBATE EN LA CONVENCIÓN ESTATUYENTE

En el presente título se procura abarcar de manera articulada tres pautas de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que resultan determinantes en la ponderación de la actuación del Poder Judicial con los restantes poderes políticos: los artículos 108, 109 y 110. Una aproximación a las sesiones de la Convención Estatuyente nos permite acercarnos a la trascendencia de los temas abordados.

Efectivamente, los artículos en análisis han sido el producto de la actuación conjunta de las diversas fuerzas que convergieron en el debate constituyente. Como explica expresamente el constituyente Enriquez, actuaron con:

... [la] lógica satisfacción de haber logrado que en un tema tan esencial como es el de la administración de justicia se arribara a un proyecto consensuado entre los cuatro bloques políticos que integran este cuerpo (...). Cada uno de ellos dejó de lado sus lógicas divergencias en aras de que el proyecto tuviera la mayor legitimidad que le confiere el consenso alcanzado, sin que por ello ninguno de los bloques haya debido abjurar de sus posiciones principistas. Esto es importante, ya que de

esta forma ninguna fuerza política en particular podrá arrogarse la autoría del proyecto que estoy informando; simplemente, ha sido obra de todas. Creo que este hecho es el más rescatable y destacable.¹

Esta característica es subrayada por los convencionales que le siguen en el uso de la palabra.

El capítulo relativo al Poder Judicial fue aprobado el 24 de septiembre de 1996 y prevé un diseño particularmente minucioso,² orientado en especial a la independencia y eficacia del sistema judicial. En ocasión de su sanción, el convencional citado anteriormente subrayó que

... en respuesta al reclamo generalizado de los vecinos de la Ciudad de Buenos Aires, ofrecemos el diseño de un modelo del Poder Judicial que permita dotar a la Ciudad de una administración de justicia independiente, integrada por jueces designados sobre la base del requisito de la idoneidad, que actúa con absoluta independencia y celeridad y que otorga real seguridad jurídica a la población.³

A los fines de encuadrar estas previsiones en el marco general del ordenamiento previsto por el constituyente, se parte de la base de que se optó por instrumentar un sistema ajustado a la forma republicana de gobierno consagrada en el artículo 1 de la Constitución Nacional, conforme las exigencias de los artículos 5 y 31 de la norma suprema, a través de la previsión de tres departamentos de gobierno a cargo de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial.⁴

PROHIBICIÓN DE EJERCER FUNCIONES JUDICIALES A LOS PODERES POLÍTICOS

El artículo 108 de la Constitución de la Ciudad, insertada en el Título Quinto relativo al Poder Judicial, Capítulo Primero, consagra dos normas específicas.

1. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2016, T. 2, p. 944.

2. De Giovanni, Julio, "La organización de la justicia de la Ciudad de Buenos Aires", en Bidart Campos, Germán y Gil Domínguez, Andrés (dirs.), *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 310.

3. *Diario de Sesiones ...*, op. cit., pp. 184-191.

4. Ver en este sentido Loñ, Félix, "La organización del poder en el Estatuto de la Ciudad de Buenos Aires", en Bidart Campos, Germán y Gil Domínguez, Andrés (dirs.), *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, op. cit., p. 325.

En primer lugar, parte de prohibir a ambos poderes políticos, Ejecutivo y Legislativo, el ejercicio de funciones judiciales y el abrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecimiento de aquellas fenecidas. La pauta remite directamente a la veda de tal naturaleza prevista por la Constitución Nacional en el artículo 109.⁵

De esta manera, se procura blindar al Poder Judicial de las injerencias en su actuación por parte de otros poderes del Estado. La función jurisdiccional es considerada como propia y exclusiva de ese poder.⁶

Efectivamente, la cláusula en estudio consagra el principio de unidad de jurisdicción con la innovación, con respecto al constituyente nacional, de extender la prohibición no sólo al Poder Ejecutivo sino también al Legislativo. El objetivo de este tipo de restricciones, en el marco de la ingeniería constitucional, es “afianzar la independencia de los poderes y reservar las tareas judiciales al Poder Judicial”.⁷

Claro está que la prohibición en estudio se proyecta hacia todos los organismos dependientes del Poder Ejecutivo de la Ciudad y no puede ser restringida al Jefe de Gobierno, abarca también al Ministro Coordinador, así como a la totalidad del gabinete, aspecto que se ha “considerado un implícito como lo es en la norma nacional”.⁸

Ahora bien, es necesario formular algunas precisiones en relación con la proyección de la norma en estudio. En primer lugar, la prohibición no afecta potestades como la de indultar o conmutar penas, debido a que esta facultad encuentra habilitación en la misma norma suprema de la Ciudad, artículo 104 inciso 18, exigiendo que sea realizada de forma individual y en casos excepcionales, previo informe del tribunal correspondiente. Asimismo, esta facultad no puede ejercerse respecto de las inhabilitaciones o interdicciones previstas en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, de las penas por delitos contra la humanidad o por los cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.⁹

5. Colautti, Carlos, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1996, p. 154; y Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Comentada*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 325.

6. Ver, al respecto: De Giovanni, Julio, *op. cit.*, p. 311.

7. Sagüés, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 345.

8. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, *op. cit.*, p. 325.

9. Ver De Giovanni, Julio, *op. cit.*, p. 320.

En aplicación de la prohibición en análisis se ha aclarado que si bien no restringe la constitucionalidad de los Tribunales Administrativos, estos deben satisfacer las exigencias constitucionales. Al respecto, previo al proceso constituyente de la Ciudad, en el orden nacional la Corte Suprema de Justicia de la Nación había dictado el precedente “Fernández Arias c/Poggio”¹⁰ admitiendo la actuación de los Tribunales “sujeta a dos condiciones básicas: que en ellos el justiciable tenga derecho de interponer recurso ante un tribunal judicial (...), y que en el proceso administrativo se respete el principio de defensa en juicio”.¹¹ Por otro lado, el fallo dictado en la causa “Ángel Estrada” en 2005, brindó una restricción a este estándar. Finalmente, en el ámbito nacional se ha reputado inconstitucional la Ley N° 25239 por cuanto autorizaba a la AFIP a realizar funciones conceptualmente judiciales, como disponer embargos o inhabilitaciones sobre deudores fiscales, sin que medie actuación jurisdiccional.¹²

RESPONSABILIDAD DE DOTAR DE RECURSOS NECESARIOS AL PODER JUDICIAL

La segunda parte del artículo 108 reviste particular originalidad y se proyecta hacia la efectiva eficacia del sistema de justicia, al prever la responsabilidad de los poderes políticos (Legislativo y Ejecutivo), en el ámbito de sus respectivas competencias, de dotar al Judicial de los recursos necesarios para garantizar el acceso a la Justicia y la resolución de conflictos en tiempo razonable y con un costo que no implique privación de justicia. Es decir, no sólo se prevé la obligación de dotar de presupuesto al Poder Judicial, sino que la impronta original del constituyente avanza aún más al enfatizar que estos recursos estén específicamente orientados a los derechos de acceso a la Justicia y justicia pronta.

De esta manera, se ha enfatizado expresamente una vinculación entre el diagrama arquitectónico de la estructura del poder que instrumenta la Constitución, con su parte dogmática, en particular el reconocimiento del derecho de acceso a la Justicia. Así, la pauta se enlaza con la cláusula del artículo 12, inciso 6 de la norma suprema en estudio, confor-

10. CSJN, Fallos: 247:646.

11. Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 345

12. CSJN, “AFIP c/Intercoop”, J.A. 2010, III, 394. Ver Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 345.

me al cual “el acceso a la justicia de todos sus habitantes; en ningún caso puede limitarlo por razones económicas. La ley establece un sistema de asistencia profesional gratuita y el beneficio de litigar sin gastos”.

Explica Gustavo Ferreyra que el reconocimiento del derecho a la jurisdicción al justiciable, asegurándole que su costo no implicará privación de justicia y que el proceso deberá tener un tiempo razonable de duración, constituyó el primer elemento de la breve agenda que el constituyente elaboró con relación al nuevo Poder Judicial.¹³

En consonancia, se ha resaltado en los debates la trascendencia de estas previsiones orientadas a la efectividad del sistema de justicia a que hace referencia la última oración del artículo en estudio. Así, el convencional Enriquez señaló que

... respetando siempre la mentalidad e idiosincrasia y las pautas culturales de la sociedad argentina, aunque atentos al análisis profundo de los aciertos del Derecho comparado, ha sido nuestra tarea luchar por la satisfacción de este fin: un real e igualitario acceso a la Justicia. Ayer votamos, señora presidenta, un despacho de la Comisión de Declaraciones, de Derechos y Garantías que, justamente, hacía mención a este concepto. Hablaba del acceso de todos a la Justicia con un patrocinio letrado en forma gratuita.¹⁴

Ferreyra también explica que “fue idea de los autores apartarse, por mandato del pueblo de la Ciudad, (...) acercarse todo cuanto pudieran al ideal de la realización de la Justicia. Jurídicamente, todo parece indicar que se han colocado los cimientos”.¹⁵ El convencional Jorge Castells, asimismo, enfatizó:

... me parece muy bien que hayamos aprobado ayer la garantía de accesibilidad a la Justicia (...). Y también me parece muy bien que (...) se establezca que los poderes Ejecutivo y Legislativo son responsables en el ámbito de su competencia, de dotar al Poder Judicial de los recursos necesarios para garantizar el acceso a la Justicia y la resolución de los conflictos en tiempo propio, que coindice con una de nuestras propuestas. De modo tal que lo que queremos es una Justicia democrática...¹⁶

13. Ferreyra, Gustavo, *La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Estudio de la ley fundamental porteña*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1997, p. 127.

14. *Diario de Sesiones...*, op. cit., T. 2, p. 952.

15. *Ibidem*, p. 140.

16. *Diario de Sesiones...*, op. cit., T. 2, p. 961.

Ahora bien, la doctrina no es conteste en el efecto a atribuir a las normas en análisis. Por ejemplo, Colautti la define como “una cláusula programática que se refiere a la obligación de dotar de recursos al Poder Judicial”.¹⁷ Por su parte, Quiroga Lavié considera que

... el carácter aparentemente programático de esta norma se convertirá en claramente operativo, toda vez que existan previsiones presupuestarias no aplicadas. En lo demás, no hace otra cosa que fijar una plausible política constitucional, cuyo incumplimiento deberá castigar el electorado en la primera oportunidad electoral que se le presente.¹⁸

La Legislatura de la Ciudad proyectó esta pauta constitucional en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la CABA adoptada en 1998, cuyo artículo 6 establece que el Poder Judicial debe contar con los recursos necesarios para garantizar el acceso a la Justicia y la resolución de los conflictos en tiempo razonable y a un costo que no implique privación de justicia. No pueden exigirse fianzas, cauciones o contracautelas que tornen ilusorio el derecho que se pretende hacer valer.

ASUNCIÓN DEL CARGO Y JURAMENTO

El artículo 109 de la Constitución de la Ciudad prevé que los miembros del Tribunal Superior de Justicia, los del Consejo de la Magistratura, los jueces, los integrantes del Ministerio Público y los funcionarios judiciales asumirán el cargo jurando desempeñar sus funciones de conformidad con lo que prescribe la Constitución Nacional, esta Constitución y las leyes nacionales y locales. El acto de juramento o compromiso se prestará ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, con excepción de los miembros del Consejo de la Magistratura, que lo harán ante el Presidente de la Legislatura.

17. Colautti, Carlos, *op. cit.*, p. 154.

18. Quiroga Lavié, *op. cit.*, p. 325. El Dr. Jorge A. Franza, en su voto en la causa “Spisso, Rodolfo R. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, fallada en 2011, hizo referencia específica al artículo en estudio para proseguir con el trámite del proceso oportunamente iniciado por el Dr. Rodolfo Spisso y, en consecuencia, rechazar el pedido formulado por el Procurador General de la CABA en cuanto a que se declare abstracta la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta, al considerar que la normativa local obliga a los jueces a “Procurar que se logre la mayor economía procesal en la tramitación de la causa” (cfr. art. 27 *in fine* de la Ley N° 189) y conforme lo establecido en el art. 108 de la Constitución local.

La cláusula en análisis reviste la particular originalidad de dotar de jerarquía constitucional a la fórmula del juramento que deberán utilizar los miembros del Poder Judicial de la Ciudad. Asimismo, ha adoptado un criterio también particular en cuanto a la fórmula, ya que

... ha sido la de hacerlo por el ordenamiento jurídico. Es decir que el Derecho se ha considerado, asimismo, como el punto de referencia focal que, por imperio de la heteronomía del sistema, no puede ser objetado por ninguno de los convocados a realizarlo.¹⁹

Así, se ha puesto el acento en el Estado de Derecho y el imperio de la ley como elementos basales del accionar jurisdiccional.

Se ha resaltado que la cláusula ha incurrido en la omisión de indicar ante qué órgano debe prestar juramento el Presidente del Tribunal Superior. En este sentido, oportunamente se ha considerado que, dado que “es la Legislatura quien presta acuerdo para la designación de dicho funcionario, no como presidente pero sí como miembro del mismo, es natural que dicho Cuerpo sea quien le tome juramento”.²⁰ Por su parte, la Cláusula transitoria decimoquinta establece que “los integrantes del Primer Tribunal Superior de Justicia designados en Comisión prestarán juramento o compromiso ante el Jefe de Gobierno”. Colautti concluyó que, en consecuencia, se “prevé que el Tribunal esté constituido y en funciones antes que el órgano legislativo”.²¹

Finalmente, la ley orgánica del Poder Judicial de la Ciudad, en su artículo 12, establece que los miembros del Tribunal Superior de Justicia, los jueces y juezas, y los funcionarios y las funcionarias judiciales, antes de asumir el cargo prestan juramento o manifiestan compromiso de desempeñar sus funciones de acuerdo a lo que prescriben la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y las leyes nacionales y locales.

GARANTÍAS DE ACTUACIÓN E INMUNIDADES DEL PODER JUDICIAL

Conforme el artículo 110 de la Constitución de la Ciudad, los jueces y los integrantes del Ministerio Público conservan sus empleos mientras dure su buena conducta y reciben por sus servicios una re-

19. *Ibidem*, p. 326.

20. *Ídem*.

21. Colautti, Carlos, *op. cit.*, p. 155.

tribución que no puede ser disminuida mientras permanezcan en sus funciones. Gozan de las mismas inmunidades que los legisladores. Pagan los impuestos que establezca la Legislatura y los aportes previsionales que correspondan.

La pauta en análisis, dirigida a dotar a los miembros del Poder Judicial de las garantías necesarias para el ejercicio de su función de manera independiente, contiene diversas normas específicas que requieren un análisis pormenorizado: garantías de inamovilidad en su cargo, intangibilidad de remuneraciones, e inmunidades de arresto y opinión.

La primera garantía consagrada es la de estabilidad o inamovilidad, que sigue el diagrama previsto por el artículo 110 de la Ley Fundamental nacional. Así, se ha señalado que

... lo mismo que ocurre con el texto del artículo 110 de la Constitución Nacional, que es su equivalente, la exigencia de buena conducta opera como el negativo del mal desempeño como causal de remoción de los jueces por parte del Jurado de Enjuiciamiento. No es en rigor una nueva causal, sino un modo distinto de manifestar lo mismo. Si el juez tiene buena conducta es porque no se le ha comprobado mal desempeño, y a la inversa.²²

Efectivamente, la cláusula en análisis encuentra en torno a esta garantía un antecedente inmediato en el artículo citado de la norma suprema nacional, y remite a la fundamentación brindada en *El Federalista* por Hamilton sobre la base de sostener que la inamovilidad contribuye a la independencia del Poder Judicial, por lo que es reclamada por el principio republicano de división de poderes.²³

Para analizar la segunda garantía establecida por el artículo 110 en estudio, “intangibilidad de las remuneraciones”, cabe recordar que la pauta constitucional local presenta particularidades que la distinguen de la nacional. Así, se ha recalado la existencia de una diferencia conceptual entre la disposición estatuida por la Constitución Nacional, que consagra la irreductibilidad absoluta al establecer que los sueldos no podrán ser disminuidos “en manera alguna”, y el tenor de la Constitución de la Ciudad, donde sólo se hace mención a que “la retribución no podrá ser disminuida mientras permanezcan en sus funciones”.

22. Quiroga Lavié, *op. cit.*, p. 327.

23. Ver Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, pp. 358 y 359.

Por su parte, la distinción se enfatiza dado que la norma suprema de la Ciudad expresamente autoriza a que la Legislatura resuelva que se les cobre impuestos y que realicen sus aportes previsionales.

Así, Quiroga Lavié sostiene que

... incluso podemos sostener que si el impuesto a las ganancias es general para los trabajadores en relación de dependencia, superado determinado monto, y si los jueces se encuentran en dicha situación, pues el impuesto les cabe por imperio de la propia Constitución, sin que deba una ley incluirlos en forma expresa.²⁴

Recordemos que la norma nacional conocida como la “cláusula de compensación”, conforme a la cual “los jueces de Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación (...) recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones”, tuvo su génesis en el proceso constituyente estadounidense. En este marco, se ha puntualizado su doble motivación:

... primero impedir la domesticación de la justicia por quienes elaboran el presupuesto (poderes Legislativo y Ejecutivo), ya que “un poder sobre la subsistencia de un hombre equivale a un poder sobre su voluntad”, y segundo, proteger a los jueces de las “fluctuaciones del valor de la moneda”, problema ya vigente en aquella época (Hamilton, *El Federalista*, cap. LXXIX).²⁵

El tema generó un amplio desarrollo jurisprudencial en los ámbitos nacional y local. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en la causa “Bonorino Peró”,²⁶ que data de 1985, señalando que la norma es una garantía de la independencia del Poder Judicial, protege tanto al órgano institución como al órgano individuo, obliga a indexar las remuneraciones judiciales frente a la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, y es un principio constitucional federal que debe ser respetado por las provincias en los términos del artículo 5 de la Constitución Nacional.²⁷ Finalmente, en la causa “Vásquez”²⁸ el Tribunal señaló que las

24. Quiroga Lavié, Humberto *op. cit.*, pp. 327 y 328.

25. Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 356.

26. CSJN, Fallos: 307:2174.

27. Ver Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 356.

28. CSJN, Fallos: 323:643.

provincias no pueden negar la intangibilidad, aunque no es requisito imprescindible que se adopte un régimen igual que el nacional.

La cláusula de la Ciudad, como se ha mencionado, presenta importantes distinciones con respecto a la previsión nacional, que la flexibilizan. María Angélica Gelli ha enfatizado la diferencia con la norma nacional, expresando que

... la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires diseñó un poder limitado, con fuertes controles. (...) se desestiman los privilegios en general –prohibiéndoselos en el área de la seguridad social (art. 44)– y en particular –al disponer la obligación de tributar y aportar al sistema de seguridad social por parte de los magistrados judiciales– manteniendo la intangibilidad de las remuneraciones (artículo 110).²⁹

Los fundamentos de la distinción entre la norma nacional y la local fueron analizados en forma expresa por el constituyente de la Ciudad y se encuentran especialmente basados en el principio de igualdad. El convencional Argüello se refirió de manera específica al marco general vinculado con estas pautas, señalando que

... este es un tema que viene siendo debatido desde principios de siglo. Habría que hacer referencia, en todo caso, al artículo 16 de la Constitución, que es donde se amparan sucesivos fallos de la Corte Suprema que eximen precisamente de la responsabilidad, en lo que a la contribución impositiva se refiere, a los magistrados del Poder Judicial de la Nación. (...) Al hacer referencia a dicho artículo, quise dejar establecido cuál es el principio constitucional en el cual nos basamos para establecer que la igualdad ante la ley reconoce una muy clara raigambre constitucional. A su vez, el artículo 110, que es al que suelen apelar los fallos de la Corte Suprema dice: “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley...”. Y agrega: “...y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones”. ¿Qué se pretende a través de la exención impositiva de los jueces? Decir que de esta manera se garantiza la inamovilidad en sus cargos y que van a tener precisamente la seguridad de que no será a través de una reducción de sus sueldos o fijando gabelas especiales como podrán ser apartados

29. Gelli, María Angélica, “La Constitución estatuyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en Midón, Mario (dir.), *Constituciones Provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires comentadas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp. 86 y 87.

de ciertas causas en las cuales el poder político querría actuar. Creemos que no estuvo en la intención del legislador constituyente de 1853 establecer un privilegio de naturaleza impositiva con relación a los jueces, diferenciándolos del resto de los ciudadanos de la Nación. Entendemos, en verdad, que esa interpretación es inconstitucional. Consideramos que es injusta e irrazonable toda disposición que tienda a eximir o atenuar el pago de los tributos a determinados funcionarios del Estado. Por eso me complace haber sido el autor de esta iniciativa, y además que los jueces de la Ciudad de Buenos Aires serán los primeros de la República en superar esta vieja y a mi modo de ver equivocada interpretación de la Corte, con lo cual serán los primeros en pagar los impuestos como el resto de los conciudadanos de Buenos Aires.³⁰

Así, el convencional Enriquez señaló que

Como una innovación establecemos –sobre todo a la vista de algunos recientes pronunciamientos y de algunas normas que se intentaron introducir en el orden nacional– que los jueces deben pagar impuestos y hacer los aportes previsionales, porque entendemos que el principio de igualdad es válido para todos los ciudadanos con independencia del cargo que tengan.³¹

Al interpretar la norma en estudio, Gelli considera que “así, podría declararse inconstitucional una ley que aumentara la carga impositiva de magistrados en ejercicio, siempre que no fuese una ley general de aplicación a todos los contribuyentes”.³²

El tema recibió atención del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad. Mediante Acordada N° 9/00, dispuso la aplicación de las Acordadas N° 20/96 y 56/96 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aclarando que su aplicación se limita a los funcionarios y empleados del área jurisdiccional del Poder Judicial y no se extiende a magistrados. Recordemos que, en el ámbito nacional, la Ley N° 24631 había derogado en 1996 la exención de la ley de impuesto a las ganancias, que regía en relación con los magistrados desde 1936. La Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó la Acordada N° 20/96 citada y declaró su inaplicabilidad por considerarla atentatoria contra la garantía de

30. *Diario de Sesiones...*, *op. cit.*, pp. 969 y 970.

31. *Ibidem*, p. 954.

32. Gelli, María Angélica, *op. cit.*, p. 91.

intangibilidad de la remuneración de los magistrados y empleados de ese poder del artículo 110 de la Constitución Nacional.

El Consejo de la Magistratura de la Ciudad, en 2003, por medio de la Resolución N° 772/2003, dispuso efectuar las retenciones correspondientes al impuesto a las ganancias de las remuneraciones de todos los jueces, fiscales, defensores y asesores tutelares del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo que dio lugar a la causa “Asociación de Magistrados, integrantes del Ministerio Público y funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires c/Consejo de la Magistratura s/Amparo (art. 14 CCABA)”. En este marco, el Juez Roberto Andrés Gallardo requirió administrativamente la cesación de la retención y el reintegro de las sumas ya detraídas. Sin embargo, la causa sufrió dilaciones en virtud de recusaciones que llevaron a que el Superior Tribunal, en miras a la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, dispusiera que el juez de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Alfredo Augusto Kersman, debía continuar interviniendo en la causa.³³

Finalmente, la Resolución N° 102 de 2010 del Consejo de la Magistratura de la Ciudad adhirió a tal acordada, considerando que

... resulta razonable que los funcionarios y empleados del área jurisdiccional del Poder Judicial –hasta tanto se mantengan las circunstancias vigentes descriptas en los párrafos precedentes– abonen el impuesto a las ganancias en iguales términos que los funcionarios y empleados de las distintas jurisdicciones del país.

Asimismo, mencionaron que

... se vulnera el derecho a la igualdad si los funcionarios y empleados del área jurisdiccional del Poder Judicial local se encuentran compelidos a abonar el impuesto a las ganancias sobre la totalidad de su remuneración mientras los funcionarios y empleados de otras jurisdicciones –sean nacional o provinciales, e incluso respecto de sus pares pertenecientes al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad–, deben hacerlo sólo sobre determinados rubros de su remuneración.

33. STJ CABA, Expte. N° 2804/04 “Gallardo, Roberto Andrés s/queja por denegación de justicia en ‘Asociación de Magistrados, integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCABA)’”, 23/02/2004.

Por último, los consejeros firmantes Rosenfeld, Iráizoz (en disidencia), Cavaliere, Castorino (en disidencia), De Stefano, May Zubiría (en disidencia), Marsili (en disidencia), Balbín y Garavano (en disidencia) aclararon que la solución adoptada “mantendrá su vigencia hasta tanto se expida la comisión especial creada a ese efecto o, en su caso, se sancione el proyecto de ley respectivo”.

Se ha señalado en doctrina que la norma en estudio protege a los magistrados judiciales y miembros del Ministerio Público, de tal manera que sus retribuciones sean actualizadas en caso de que se verifique depreciación monetaria.³⁴

El tema ha generado un amplio desarrollo jurisprudencial en el orden nacional. La Corte Suprema ha desarrollado una vasta jurisprudencia a partir del precedente “Bonorino Perú” citado anteriormente. En “Bruno”³⁵ el Tribunal sostuvo que los mecanismos de ajuste podían variar según la provincia, siempre que salvaguardasen de manera razonable su esencia. En los casos “Vilela” y “Jáuregui” se moduló el criterio pretoriano de la Corte, en el sentido de que la garantía no implica necesariamente que los magistrados se desliguen del deber solidario de sufrir los embates de la inflación.³⁶

El Superior Tribunal de la Ciudad analizó esta perspectiva de la garantía y sostuvo que

... tanto el artículo 110 de la CCABA como el artículo 110 de la CN protegen la intangibilidad, la incolumidad y la irreductibilidad de las remuneraciones de los jueces con el claro y firme propósito de preservar la independencia del Poder Judicial; garantía que conlleva la obligación de los poderes políticos de no tocar, dañar, reducir o menoscabar de manera alguna aquellas retribuciones. De todos modos, cabe señalar que esta obligación constitucional de mantener el significado económico de las remuneraciones de los magistrados no puede entenderse como un privilegio exorbitante en favor de los jueces y miembros del Ministerio Público, en tanto no implica desligarlos del deber solidario de sufrir cualquier embate de la inflación que afecte a la sociedad en

34. Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, p. 328.

35. CSJN, Fallos: 311:460.

36. CSJN, Fallos: 314:295 y 315:2386.

la medida que sea soportada por la población, y no encierre una discriminación insostenible.³⁷

Efectivamente, el Tribunal analizó que

... [la] ley partió de suponer que se había producido un desfasaje en la remuneración de los magistrados, y reguló esa situación de hecho, entre otras cosas, introduciendo una variable que ata el techo de la retribución de los jueces del Tribunal Superior de Justicia a la de los jueces de las Cámaras de Apelaciones. Ello así, y teniendo en cuenta que “la hermenéutica de la ley no se agota con la remisión a su letra sino que debe indagar lo que ella dice jurídicamente, dando pleno efecto a la intención del legislador...” (Fallos: 304:937; 307:2153; 313:1223) –que, en el caso, puso de resalto el desvío que se venía produciendo de la regla constitucional– no corresponde detenerse en el mecanismo de futuro que implementaba, sino en la ilegítima situación que reconocía se había originado. (...) Llegados a este punto, que la omisión estatal de actualizar debidamente las remuneraciones de los actores no proviniera del órgano Consejo de la Magistratura, sino del órgano Legislatura no puede tener el efecto de impedir que prospere la pretensión, como invoca el Consejo al contestar el traslado del recurso de inconstitucionalidad, puesto que ambos órganos pertenecen a la misma persona jurídica –Ciudad de Buenos Aires–. (...) la medida en que corresponde que prospere la demanda queda determinada por la sumatoria de los montos resultantes de aplicar, para cada período, la mencionada variable (22,636191%) a la retribución que, como sueldo básico, percibieron los jueces de Cámara desde mayo de 2004 hasta el 15 de junio de 2006, deducido el salario que, también como sueldo básico, en cada caso percibieron los actores; más el proporcional de SAC y los adicionales que, sobre la diferencia resultante para cada período, deberían haberse abonado.³⁸

Finalmente, la cláusula transitoria decimotercera ha dispuesto que en caso de que la Justicia ordinaria de la Capital Federal sea traspasada al ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, deberá respetarse la intangibi-

37. Expte. N° 9304/12. “Cabiche, Roberto y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Cabiche, Roberto y otros c/GCBA y otros s/empleo público (no cesantía ni exoneración amparo) (art. 14 CCABA)’, 09/04/2014, considerando 4 *in fine* del voto de los jueces José Osvaldo Casás y Luis Francisco Lozano.

38. *Ibidem*, considerandos 5 y 6 del voto de los jueces José Osvaldo Casás y Luis Francisco Lozano.

lidad de las remuneraciones de los magistrados y su inamovilidad, en los términos señalados por el artículo constitucional en estudio.

Por último, el artículo 110 de la Constitución de la Ciudad prevé una original protección a los magistrados, al hacer extensivas a ellos las garantías de inmunidad de opinión y de arresto propias de los legisladores en el artículo 78.

En su primer y segundo párrafo, el artículo mencionado consagra las inmunidades citadas en los siguientes términos:

... ningún diputado puede ser acusado, interrogado judicialmente ni molestado por las opiniones, discursos o votos que emita en el ejercicio de su función, desde el día de su elección hasta la finalización de su mandato. Los diputados no pueden ser arrestados desde el día de su elección y hasta el cese de su mandato, salvo en caso de flagrante delito, lo que debe ser comunicado de inmediato a la Legislatura, con información sumaria del hecho. La inmunidad de arresto no implica la de proceso, ni impide la coerción dispuesta por juez competente para la realización de los actos procesales indispensables a su avance.³⁹

Al analizar la cláusula mencionada, explica Colautti que

... una deformación semántica hace que con frecuencia la doctrina y la jurisprudencia los denominen fueros de los legisladores. La institución tiene una antigua tradición, cuyos orígenes se ubican en la Inglaterra del siglo XV. No constituyen, desde luego, privilegios que nuestra Constitución prohíbe, sino garantía para el mejor desempeño de los cargos.⁴⁰

En el mismo sentido, señala Néstor Sagüés con relación a la norma nacional que

... con el fin de posibilitar la actuación del Congreso como poder del Estado, la Constitución enuncia una serie de competencias, prerrogativas, inmunidades y privilegios conferidos tanto a cada Cámara como corporación, como a cada legislador en concreto (...). No obstante, y según la Corte Suprema, en cualquier caso los derechos individuales de un congresal son, en definitiva, garantías conferidas en

39. Me remito al desarrollo del contenido de estas normas realizado en el capítulo respectivo de la presente obra.

40. Colautti, Carlos, *op. cit.*, pp. 100 y 101.

función de la independencia del Congreso, y no de los individuos que lo componen. (...) El sentido de ellas es, pues, siempre institucional.⁴¹

Al extenderse la garantía a los miembros del Poder Judicial, se amplía la clásica tutela del accionar jurisdiccional mediante una protección otrora extraña a su función, que resulta comprensible en la dinámica actual del Poder Judicial y su vinculación con los medios de comunicación.

La doctrina ha advertido la originalidad de la norma en análisis, señalando:

... que los magistrados judiciales y los integrantes del Ministerio Público tengan las mismas inmunidades de los legisladores (de opinión y de arresto), implica una notable ampliación tutelar a favor de los jueces, no contemplada en el texto de la Constitución Nacional. Solamente por interpretación extensiva se ha considerado que los jueces nacionales tienen inmunidad de arresto y de juicio mientras no son removidos de sus cargos o suspendidos a tal efecto en el ejercicio de sus funciones. En cambio la inmunidad de opinión a favor de los jueces y fiscales no registra antecedentes en el Derecho Público nacional. Usualmente este tipo de inmunidades se les otorga a los integrantes de los poderes cuya función de control o política los coloca en situación de permanente exposición de ideas, cosa que no debe ocurrir con los jueces, de quienes siempre se ha dicho que hablan por sus sentencias pero no por manifestaciones públicas.⁴²

Sin embargo, la pauta encuentra su razonabilidad en el impacto de los medios de comunicación en la dinámica actual del accionar jurisdiccional y en interacción permanente de magistrados de este Poder con tales medios, aspecto incluso vinculado a la transparencia de su accionar y el acceso a la información pública.

En este marco, Colautti brinda un elemento que contribuye a delimitar el ámbito de aplicación de la figura, señalando que “debe entenderse que la inmunidad de expresión se reduce estrictamente a las opiniones que viertan en sus sentencias. Aclara también el artículo que la intangibilidad de las remuneraciones no implica la exención de impuestos ni de aportes previsionales”.⁴³

41. Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 261.

42. Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, p. 328.

43. Colautti, Carlos, *op. cit.*, p. 155.

El superior Tribunal de Justicia de la Ciudad ha analizado el impacto de estas inmunidades, al rechazar la excepción de falta manifiesta de legitimación pasiva invocada por una magistrada en un proceso de conflicto de poderes, sobre la base de que se veía afectada su inmunidad de opinión. El Tribunal ha sostenido que

La inmunidad a la que hace referencia protege a los jueces de ser afectados en el normal desempeño de sus tareas pero no impide el control que los distintos órganos del Estado pueden ejercer mediante los procedimientos previstos a ese efecto. En caso contrario, con el pretexto de la alegada inmunidad, los órganos permanentes del Poder Judicial serían los únicos exentos de todo control dentro de la organización estatal o al menos de participar como demandados en un conflicto de poderes.⁴⁴

En consecuencia, sostuvo que

... pretender que la convocatoria a los jueces que dictaron las medidas cuestionadas por el PE, para que defiendan la competencia que dicho poder considera exorbitada, es afectar la inmunidad de jurisdicción o la independencia de la judicatura importa tanto como excluir el conflicto de poderes –vale reiterar, institución de raíz constitucional– en relación con el Poder Judicial.⁴⁵

Y consideró que

... en tanto este proceso no pone en juego ni la persona ni los derechos de la Sra. jueza, sino solamente las competencias que la asisten como tal, pero que no constituyen parte de su esfera de derechos precisamente porque nuestro gobierno es republicano, bien se comprende por qué no puede estar al abrigo del artículo 78 de la CCABA. Es que el resguardo que brinda esa cláusula, según quedó dicho, convive con la tutela que dispensan otros mecanismos, de los cuales el del artículo 113 inc. 1 de la CCABA es uno de los principales.⁴⁶

44. Expte. N° 6836/09 “Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires c/Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires s/conflicto de poderes”, 17/11/2009, Poder Ejecutivo CABA III.

45. Ídem.

46. Ídem.

COLOFÓN

El análisis de los artículos 108, 109 y 110 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires permite perfilar un Poder Judicial que, arraigado en los cimientos del sistema republicano de gobierno y en las garantías que contribuyen a su independencia e imparcialidad, se proyecta con dimensiones actualizadas y originales, en miras a la vigencia de tales principios constitucionales y, en general, de la tutela judicial efectiva.

La independencia del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires: un delicado balance entre garantías clásicas e innovadoras.

Capítulo Segundo Tribunal Superior de Justicia

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD MIXTO

Por Mariana Díaz

Artículo 111

El Tribunal Superior de Justicia está compuesto por cinco magistrados designados por el Jefe de Gobierno con acuerdo de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura, en sesión pública especialmente convocada al efecto. Sólo son removidos por juicio político. En ningún caso podrán ser todos del mismo sexo.

El mecanismo de elección de los jueces del Tribunal Superior de Justicia, básicamente, coincide con el previsto para los jueces de la CSJN. En cambio, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito federal, la cantidad de miembros aparece directamente dispuesta por la propia Constitución, lo que impide reformas legislativas en torno al número de jueces que la integran.¹

1. La imposibilidad de modificar por vía legislativa el número de jueces que integran el Tribunal Superior de Justicia ha sido ligada con la voluntad de evitar la utilización de

La modalidad de designación configura uno de los típicos supuestos inspirados en la concepción de la división de poderes, como un sistema de frenos y contrapesos en los que se articula la intervención de diversas ramas de gobierno con la finalidad de evitar la concentración del poder y prevenir su abuso. La secuencia de participación del Poder Ejecutivo, seguida de la del Legislativo, asegura que la designación de los jueces que integran la cúspide de la judicatura formada por órganos permanentes del Poder Judicial, sea el producto de una iniciativa del Jefe de Gobierno que cuenta con la aprobación del cuerpo legislativo, es decir, representativa de la voluntad popular. En tal sentido, por tratarse de una de aquellas cuestiones a las que el constituyente asigna particular relevancia institucional, la mayoría requerida para que prospere el acuerdo legislativo es calificada, debiendo obtenerse dos tercios del total de miembros de la Legislatura.²

En cuanto al proceso de reglamentación experimentado por el mecanismo de designación en cuestión, toca destacar la sanción del Decreto N° 1620/03, que de modo análogo al vigente en el ámbito federal ha sido considerado como un modo de “autolimitación presidencial” para la nominación de los jueces que integran las Cortes, cuyo mérito residiría en generar una oportunidad para poner en conocimiento de la opinión pública los criterios con los que se selecciona a la máxima jerarquía entre los magistrados y brindar ocasión de impugnarlos como expresión del “control social sobre ese proceso” de nombramiento.³ Básicamente, la regulación mencionada establecía la publicación de los datos del candidato a ser propuesto como magistrado del TSJ, así como instancias de impugnaciones antes de la remisión del pliego a la

esa vía de cambio “a efectos de neutralizar la actividad de jueces designados en anteriores administraciones”, Sabsay, Daniel Alberto y Onaindía, José Miguel, *La Constitución de los Porteños. Análisis y comentarios*, Buenos Aires, Errepar, 1997, p. 233.

2. La mayoría exigida hace aún más difícil de lo que es, en el caso de la Nación, que la designación de estos jueces dependa de la decisión política de un solo partido. Ello es así porque los dos tercios del total de los miembros del Cuerpo califica aún más los dos tercios de los presentes exigidos para el acuerdo del Senado en la designación de los integrantes de la Corte Suprema (art. 99, inc. 4 CN), según lo destaca Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997, p. 329.

3. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, T. II, p. 473.

Legislatura. Sin embargo, el Decreto N° 713/2010, en función de discrepancias en torno al alcance atribuido al procedimiento de propuesta de candidatos en la esfera del Poder Ejecutivo, dispuso la derogación del Decreto N° 1620/03. Entre los fundamentos dados para justificar la medida, se dijo que

... el régimen establecido para el Decreto N° 1620/03 no difiere en lo sustancial de lo prescripto por el Título II, Capítulo VI de la Ley N° 6, en cuanto al procedimiento aplicable al momento de la designación en el ámbito del Poder Legislativo, instancia en la cual deben ser manifestadas las cuestiones que se refieren a los debates relacionados con los antecedentes de las personas propuestas. Que es necesario evitar la superposición de acciones de similar entidad en el ámbito de los Procedimientos institucionales en la tramitación de las designaciones de funcionarios de máxima jerarquía institucional para un adecuado funcionamiento del sistema republicano en la Ciudad.⁴

De todos modos, conviene destacar que “el constituyente ha reglado por entero el procedimiento para designar a un juez” del TSJ, circunstancia que

... impone obrar con mucho cuidado cuando se examinan las disposiciones del decreto 1620/03. Ello así, porque no le compete al Poder Ejecutivo modificar un procedimiento que está concebido por entero en el nivel constitucional, por muy sano que parezca el complemento.⁵

A su turno, la remoción de los jueces del Tribunal Superior sólo procede mediante juicio político. Ese mecanismo de juicio político ha recogido, básicamente, las características típicas del clásico instituto de los regímenes presidencialistas previsto en la Constitución Nacional, y que

... tiene como antecedente más lejano el antiguo y abandonado *impeachment* inglés y, como más inmediato al contemplado –y vigente– en la Constitución de los Estados Unidos de América (cfr. Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, reimpresión de la 1ª edición, T. IV, parágrafo 514: “Juicio político. Características. Acusación”,

4. Boletín Oficial CABA N° 3511 de 2010.

5. TSJ en “Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires c/Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires s/Conflicto de poderes”, Expte. N° 6836/09 y su acumulado “Poder Legislativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/conflicto de poderes”, Expte. N° 7046/10, sentencia del 18 de agosto de 2010.

punto B: “Antecedentes”, p. 203 y ss., Buenos Aires, Depalma, 2001; Hidalgo, Enrique, *Controles Constitucionales sobre Funcionarios y Magistrados. Un estudio sobre el Juicio Político y el Consejo de la Magistratura en la República Argentina*, Libro Primero: “El juicio político”, Parte Primera: “Antecedentes, referencias históricas y concepto de juicio político”, parágrafo B: “Historia y antecedentes del juicio político”, p. 13 y ss., Buenos Aires, Depalma, 1997; y Armagnague, Juan Fernando, *Juicio Político y Jurado de Enjuiciamiento en la nueva Constitución Nacional*, Parte Primera: “Juicio político”, Capítulo I: “El juicio político en Inglaterra”, parágrafo V y VI: “Origen del juicio político” y “Evolución del juicio político”, p. 19 y ss., Buenos Aires, Depalma, 1995).⁶

A partir de la experiencia institucional ocurrida en torno al juicio político, ha quedado dicho en el ámbito local que

... con la sola intervención de la Sala de Juzgamiento, no puede tenerse por satisfecha la exigencia del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de rango constitucional (arts. 75, inc. 22, CN y 10, CCABA), en cuanto prescribe que en aquellos casos en que se invoque la violación de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o dicho Pacto, debe haber una real posibilidad de acceder a un órgano judicial en sentido estricto. En este punto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –con consideraciones que deben valorarse especialmente, a la luz de la doctrina establecida por la CSJN en el precedente “Horacio David Giroldi y Otros” (Fallos: 318:514), sentencia del 7 de abril de 1995– ha caracterizado al derecho reconocido por el artículo de mención como el “derecho a la protección judicial” o el “derecho a un remedio judicial” (Informe N° 30/97, caso: 10.087, “Gustavo Carranza”, Argentina, del 30 de septiembre de 1997, disponible en: www.cidh.org/annualrep/97span/Argentina10.087.htm).⁷

En el mismo orden, debe recordarse que a partir del precedente “Carlos Graffigna Latino y Otros” –Fallos: 308:961–, sentencia del 19 de junio de 1986 la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

... ha sostenido invariablemente que las decisiones en materia de los llamados juicios políticos en los ámbitos locales, dictadas por órganos ajenos a sus poderes judiciales, configuran cuestión justiciable

6. Ver TSJ en “Ibarra, Aníbal s/SAO - otros en Ibarra, Aníbal s/juicio político”, Expte. N° 4882/06, voto de los jueces Conde y Casás, sentencia del 26 de febrero de 2007.

7. Ibídem, votos ya citados.

cuando se invoca por la parte interesada la violación del debido proceso. Consecuentemente ha dejado sentado que esas decisiones no escapan a la revisión judicial, maguer en el limitado ámbito en que se advierta palmariamente comprometido el derecho constitucional de defensa, siendo ineficaz, para sustentar su inmunidad al escrutinio judicial, la calificación del procedimiento como una cuestión de naturaleza política no justiciable.⁸

También resulta oportuno destacar que no se ha estimado idéntico el marco de análisis de las causales de remoción propias del enjuiciamiento por un poder político (la Legislatura) de los máximos funcionarios que integran otro poder político (el Poder Ejecutivo), pues al apreciar la causal de mal desempeño, primará una valoración y óptica política. En efecto, esa aproximación

... no es predicable respecto del procedimiento de remoción que pueda seguirse a los altos dignatarios del Poder Judicial, totalmente alejados de la actividad política (miembros del Tribunal Superior de Justicia, integrantes del Consejo de la Magistratura y cabezas del Ministerio Público o, por vía del Jurado de Enjuiciamiento, a los restantes magistrados y funcionarios), ya que de no ser así se prohiaría la interferencia de la política –a veces facciosa– en la Justicia, con grave menoscabo a su independencia, rectitud, serenidad de juicio y prudente obrar, cuya imparcialidad constituye el presupuesto y soporte fundamentales de la forma republicana de gobierno.⁹

El matiz vinculado con el encuadre y control sobre los pronunciamientos legislativos consistentes en la remoción

... debe ser relacionado con la naturaleza del cargo. Cuando se trata del cargo de juez, el pueblo ha decidido en oportunidad de darse la constitución renunciar a la revocación del mandato. Designa de por vida, o en algunos casos por un período, y mientras dura ese lapso la remoción sólo puede sobrevenir con causa, aunque ella sea establecida por un órgano no judicial. Para los jueces reza la cláusula del artículo 110 con arreglo a la cual: “[l]os jueces y los integrantes del Ministerio Público conservan sus empleos *mientras dure su buena conducta*”. Esta condición, presentada como suficiente para el mantenimiento en el cargo, no se repite para el titular del Poder Ejecutivo y otros órganos

8. *Ibidem*, votos ya citados.

9. *Ibidem*, voto concurrente del juez Casás.

de su ámbito (...) Las causales son las del artículo 92, las mismas para todos los órganos alcanzados por el régimen del juicio político. Difiere, sin embargo, el contenido del “mal desempeño”. Ello obedece a que el desempeño difiere en órganos de naturaleza diversa y, por ende, el vicio o defecto en él. Un juez debe aplicar la ley, buscando despejar los inevitables márgenes de incertidumbre con pautas objetivas distintas de la voluntad del pueblo, ya que no está llamado a expresarla. Su discrecionalidad depende habitualmente de la impotencia del sistema jurídico para unir soluciones únicas a las hipótesis que prevé. Sólo de modo ocasional y muy limitadamente (no es del caso tratar aquí las limitaciones), el legislador delega en él de modo deliberado la facultad de disponer según su prudente criterio. Un jefe de gobierno debe observarla y hacerla observar; pero, a ese fin, tiene acordada la facultad de emitir reglamentos que precisan las obligaciones previstas en la ley. Su discrecionalidad consiste en un espectro de alternativas entre las que opta según su albedrío, como representante de la voluntad popular. Tiene también la posibilidad de promover la reforma de la ley, si ve que ello conviene al bien común cuyo logro le está encomendado. A diferencia del juez cuya tarea creativa consiste en elaborar la doctrina que sistematiza el orden jurídico, el titular del Poder Ejecutivo escoge, dentro del ámbito a su cargo, guiado no tanto por criterios hermenéuticos sino como expresión del albedrío del pueblo, cuya mayoría lo eligió a ese fin. Tal como cualquier persona en su esfera privada, el jefe de gobierno decide, en la parte de la pública que le atañe, observando la ley; pero, dentro de ella, identificando lo más conveniente, lo más saludable, según pautas de prudencia, cálculos de costo-beneficio, y, en última instancia, su estimación de cuál es el sentir del pueblo, a veces poniéndolo hipotéticamente en su propio punto de mira, que pueden ser apreciados con esos mismos patrones, bien distintos de los que serían útiles para apreciar el desempeño de un juez. Basta comparar los supuestos de los arts. 92, por una parte, y 110 y 122, por la otra, para advertir que el constituyente distinguió con nitidez esos dos supuestos. En el caso del juez, la regla que enuncia el constituyente en el artículo 110 es que mantiene su empleo mientras dura su *buena conducta*, pauta que el artículo 122 despliega en negligencia grave, morosidad en el despacho, o inhabilidad física o psíquica, desconocimiento inexcusable del derecho, además de la comisión de delitos dolosos. Está previsto, al igual que en el artículo 92 el *mal desempeño*, pero ocupando un lugar más reducido en la lista. Ello presumiblemente obedece a la

dificultad que encierra establecer que existe mal desempeño cuando, a ese fin, se debe examinar una sentencia.¹⁰

Finalmente, la cláusula en comentario establece que los jueces del Tribunal no podrán ser todos del mismo sexo. Al respecto, se ha dicho que la previsión procede por “aplicación del principio de no discriminación y para asegurar la efectiva participación de las mujeres”, pues la “defensa de la igualdad de oportunidades entre los sexos ha inspirado a todo el ordenamiento constitucional porteño y esta disposición es una expresión más de la intención de darle efectiva vigencia”.¹¹

Artículo 112

Para ser miembro del Tribunal Superior de Justicia se requiere ser argentino, tener treinta años de edad como mínimo, ser abogado con ocho años de graduado, tener especial versación jurídica, y haber nacido en la Ciudad o acreditar una residencia inmediata en esta no inferior a cinco años.

El constituyente de la Ciudad ha matizado los recaudos exigidos para ser miembro del Tribunal Superior, en relación comparativa a los requeridos por la Constitución Nacional para integrar la Corte Suprema, y ello ha recibido críticas en tanto no se requiere tener ejercicio efectivo de la profesión en el ámbito privado o de la función pública.¹²

A partir del carácter de los requisitos exigidos, se pueden identificar los fines y objetivos perseguidos; todos ellos participan de una cualidad común. Ella consiste en brindar cierta garantía en función de la alta misión encomendada a los miembros del Tribunal.

Ciertamente, al quedar analizada la razonabilidad de las exigencias relativas a la nacionalidad se ha puesto de relieve la necesidad de recordar:

... los principios fundamentales que emanan de los casos “Hooft” y “Gottschau”, esta última aspirante a secretaria del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En efecto, en ambas causas la Corte descalificó normas locales portadoras de tal exigencia por resultar

10. *Ibidem*, voto del juez Lozano.

11. Sabsay, Daniel Alberto y Onaindia, José Miguel, *La Constitución de los Porteños...*, *op. cit.*, p. 233.

12. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, *op. cit.*, p. 330.

repugnantes a la Constitución Nacional. El Máximo Tribunal hizo mérito de disposiciones internacionales con jerarquía constitucional y de las garantías establecidas en los arts. 16 y 20 de nuestra Carta Magna.¹³

En materia de edad, la exigencia constitucional establece la mínima y, en cambio, nada agrega en cuanto a la edad máxima. Al respecto, vale recordar que “los magistrados de la Corte Suprema, como los demás jueces federales, al cumplir la edad de setenta y cinco años requerirán de un nuevo nombramiento precedido por el acuerdo del Senado, por el término de cinco años”.¹⁴

Por último, es apropiado destacar que la Constitución de la Ciudad abandonó la exigencia de una determinada renta anual, pues ella aparece como “incompatible con la democracia plena y recuerda los sistemas censatarios para acceder al derecho al sufragio. No puede concebirse como un requisito de idoneidad por lo que altera el principio de igualdad”.¹⁵

Artículo 113

Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer:

- 1. Originaria y exclusivamente en los conflictos entre los Poderes de la Ciudad y en las demandas que promueva la Auditoría General de la Ciudad de acuerdo a lo que autoriza esta Constitución.**
- 2. Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso**

13. Sabsay, Daniel A. (dir.), Manili, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 423. En cuanto a los argumentos del TSJ en relación con el recaudo de nacionalidad, puede consultarse la sentencia recaída en “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. N° 4172/05, sentencia del 9 de agosto de 2006.

14. Sabsay, Daniel A. (dir.), Manili, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias...*, op. cit., p. 424.

15. Se trata de un recaudo que subsiste en la Constitución Nacional, aun cuando no se exige su cumplimiento, tal como destaca Gelli, María Angélica en *Constitución de la Nación Argentina...*, op. cit., p. 67.

- concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior.**
3. **Por vía de recursos de inconstitucionalidad, en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución.**
 4. **En los casos de privación, denegación o retardo injustificado de justicia y en los recursos de queja por denegación de recurso.**
 5. **En instancia ordinaria de apelación en las causas en que la Ciudad sea parte, cuando el monto reclamado sea superior al que establezca la ley.**
 6. **Originariamente en materia electoral y de partidos políticos. Una ley podrá crear un tribunal electoral en cuyo caso el Tribunal Superior actuará por vía de apelación.**

Las atribuciones conferidas al TSJ pueden clasificarse entre aquellas de carácter originario (incisos 1, 2 y 6), y las que ejerce en grado apelado; a su vez, entre estas últimas también cabe distinguir el supuesto de apelación ordinaria (inciso 5) de aquel otro previsto como un recurso extraordinario (inciso 3).

El concepto de competencia originaria no presenta dificultades interpretativas y proviene del modelo americano, entendiéndose que en tales casos el Tribunal pertinente actúa como instancia única. Por el contrario, el término “exclusiva” agregado por nuestros constituyentes, inexistente en la fuente, plantea algunas dudas. Sin embargo, la opinión mayoritaria concluye que la exclusividad prohíbe distribuir la competencia así calificada entre tribunales inferiores.¹⁶ La exclusividad traspunta, entonces, indisponibilidad como consecuencia fundamental. Por estar consagrada en la Constitución es una norma inmediata y operativa, sin que pueda el Poder Legislativo ampliar o restringir esa competencia añadiendo otras causas o retaceando las enumeradas en la norma fundamental. La intangibilidad de esa competencia no se refiere sólo al legislador, también resulta improrrogable para las partes y no puede ser declinada, disminuida ni aumentada por el propio Tribunal, quien además debe controlar de oficio la integridad de su competencia originaria y exclusiva para impedir que se aumente o se restrinja.¹⁷

16. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1963, T. IX, pp. 464-466.

17. Bidart Campos, Germán J., *El Derecho Constitucional del poder*, Buenos Aires, Ediar, 1967, T. II, p. 391.

La determinación del ámbito consagrado como originario y exclusivo aparece ligado a la resolución de temáticas que por su relevancia institucional y las consecuencias derivadas de su ejercicio, el constituyente excluyó del ámbito de los jueces inferiores para reservarlas por completo en la jurisdicción del TSJ.

Desde esa perspectiva, en función de la misión constitucionalmente conferida a la Auditoría General de la Ciudad, ese órgano ha quedado aforado y las demandas que promueva tramitarán ante el TSJ conforme el procedimiento que establece la Ley N° 402.¹⁸

En similar sintonía, resulta por demás elocuente la atribución originaria y exclusiva para dirimir *conflictos de poderes*. Los principales caracteres de esta acción se encuentran delineados en la Ley N° 402 (o, como referencia análoga, LPT en adelante) que reglamenta las competencias del TSJ. Allí se establece que cuando

... el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, mediante Resolución del Cuerpo, o el Poder Judicial a través del Consejo de la Magistratura considere que otro poder se arroga atribuciones o competencias que le son propias o se las desconoce por acción u omisión, puede promover demanda ante el Tribunal Superior// Si un Magistrado o integrante del Ministerio Público considera que el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo se arroga, por acción u omisión, atribuciones o competencias que le son propias debe comunicar dicha circunstancia al Consejo de la Magistratura para que ejerza las acciones correspondientes.¹⁹

Así, además de definirse el conflicto como una disputa en torno a competencias entre las cabezas de los poderes, la LPT también lo regula como una vía subsidiaria, pues establece que la “demanda sólo puede plantearse cuando el accionante no cuente con suficientes facultades propias para hacer respetar su ámbito de competencias”.²⁰ La propia Ley N° 402 aclara que a la pretensión declarativa de atribuciones o competencia, pueden acumularse el pedido de declaración de inconstitucionalidad o de anulación de los actos que se consideren dictados en violación a las reglas de atribuciones o competencia, según corresponda; de condena a hacer o a no hacer lo necesario para el

18. Ver TSJ en “Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) s/acción meramente declarativa”, Expte. N° 3944/05, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

19. Art. 11 de la Ley N° 402.

20. Art. 12 de la Ley N° 402.

efectivo resguardo de las atribuciones o competencias constitucionales de cada poder. Asimismo, se admite que cuando el actor acredite sumariamente que el gravamen invocado es irreparable por la sentencia, y la ilicitud resulte manifiesta, puede solicitar, con carácter cautelar, la suspensión de la actividad del otro poder que resulta lesiva de las atribuciones o competencias del accionante.

A su turno, un rico desarrollo en torno al tipo de intervención que asume el TSJ en el marco de los conflictos de poderes surge de los diversos pronunciamientos que dictó el Tribunal al resolver un conflicto trabado entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo contra el Poder Judicial, por haber entendido las ramas promotoras que la intervención de diversos magistrados obstruía e impedía de modo ilegítimo el ejercicio de atribuciones privativas de cada una de ellas. Uno de los principales contrapuntos del debate fincó en distinguir la vía del conflicto de poderes del instituto del *per saltum*, supuesto este último que no se estimó configurado, básicamente, por cuanto la intervención del TSJ no había sido suscitada en causas o casos judiciales relativos a derechos sino a partir del bloque de competencias disputadas entre las diversas ramas de gobierno.²¹

De igual modo, por sus alcances, la *acción declarativa de inconstitucionalidad* (o, en alusión indistinta, ADI para lo que sigue) también configura un cauce procesal de altísima relevancia institucional que brinda una poderosa herramienta a la ciudadanía antes que al Tribunal, en quien, en todo caso, se ha concentrado una competencia que por sus características no podría operar dispersa entre todos los jueces de mérito.

La elección del custodio de la supremacía constitucional ha generado el desarrollo de diversos sistemas destinados a canalizar el control de constitucionalidad. Integran ellos, en principio, la denominada jurisdicción constitucional.²² Los identificaremos, en consonancia con

21. Ver TSJ en “Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires c/Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires s/conflicto de poderes” y su acumulado Expte. N° 7046/10 “Poder Legislativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/conflicto de poderes”, Expte. N° 6836/09, sentencia del 18 de agosto de 2010.

22. Por jurisdicción constitucional suele entenderse la función jurisdiccional ejercida para tutelar y mantener la supremacía de la Constitución (cfr. Bidart Campos, Germán, *El Derecho Constitucional del Poder*, op. cit., p. 311). La corriente orgánica considera que sólo existe proceso o jurisdicción constitucional cuando el conocimiento de pretensiones fundadas en preceptos constitucionales es atribuida, con exclusividad, a órganos ju-

la literatura mayoritaria sobre el tema, como sistema americano o difuso y sistema europeo o concentrado.²³

La articulación en la CCABA del sistema difuso y la acción declarativa de inconstitucionalidad demuestra que la Carta Magna local ha consagrado un sistema de control de constitucionalidad mixto.

La simple lectura del artículo 113, inciso 2, permite advertir que introduce una especie o forma de control constitucional ajeno al sistema americano tradicional.²⁴ En primer término, atribuye competencia *originaria y exclusiva* al Tribunal Superior para entender en las acciones declarativas de inconstitucionalidad. Al ser una competencia exclusiva, se *concentra* en el mencionado tribunal la *jurisdicción constitucional referida*, excluyendo a otros magistrados, quienes no podrán intervenir en el supuesto específico contemplado por la norma. Además, el efecto que se asigna a las decisiones estimativas del planteo de inconstitucionalidad de normas generales emanadas de las autoridades locales, es *erga omnes y derogatorio*.²⁵

Así entonces, tal como surge del debate de la Convención Constituyente, el inciso 2 del artículo 113 de la CCABA se ha inspirado en el sistema europeo para sumar una modalidad de control de constitucionalidad abstracta.²⁶

risidccionales especializados. Por nuestra parte, siguiendo las enseñanzas de Sagüés, entendemos que la jurisdicción constitucional existe o no en función de un criterio material a partir de la existencia de trámites que tengan por objeto defender la supremacía de la Constitución y de los derechos consagrados en ella, con independencia de que se estructure o no una magistratura especializada (“Derecho Procesal Constitucional y jurisdicción constitucional”, LL 1981-C, p. 865 y ss.). Sobre el tema puede consultarse también Serra, María Mercedes, “Proceso constitucional”, LL 1990-E, p. 771.

23. Para un desarrollo del tema, remito a Díaz, Mariana, *La acción declarativa de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, p. 15 y ss.

24. Andrés Gil Domínguez señala que en la Ciudad coexisten dos grandes sistemas de control de constitucionalidad: el difuso de efectos particulares y el concentrado de efectos *erga omnes* (cfr. *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Un recorrido crítico*, Buenos Aires, Eudeba, 1997, p. 193).

25. Vale resaltar que el efecto derogatorio, cuando se trata de una ley reputada inconstitucional por el Tribunal, está sometido a una condición. Ello es así dado que la Legislatura puede ratificarla dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes, y mantener su validez sin perjuicio del posterior control difuso de constitucionalidad a cargo de todos los jueces y del propio Tribunal Superior por vía recursiva.

26. Intervención del convencional constituyente Dr. Raúl Zaffaroni, en *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, Buenos

En tal contexto, desde sus primeros pronunciamientos, el TSJ estableció que la acción directa de inconstitucionalidad, tal como lo dispone el artículo 113, inciso 2 de la CCABA, se encuentra exclusivamente orientada a objetar normas de carácter general que se consideran contrarias a principios y preceptos establecidos en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Constitución Nacional, y no a obtener un pronunciamiento judicial respecto de la idoneidad jurídica de los actos por los que aquellas fueron directamente aplicadas al accionante. No es, pues, la vía por la que pueden impugnarse actos concretos de aplicación de las normas cuya constitucionalidad se cuestiona. Tampoco es posible pretender, con esta acción, la declaración de certeza que se peticiona en la demanda, por cuanto en el marco del citado artículo 113 inciso 2 de la CCABA, la sentencia que pudiera dictarse en esta instancia no comprendería el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas.²⁷ Se desprende con claridad que el Tribunal Superior circunscribe el objeto de la acción prevista por el artículo 113 inciso 2 al control abstracto de constitucionalidad. Un juicio a la norma en el cual no se examinan los hechos propios de un caso concreto en el que se controvierten derechos opuestos, sino que se considera en abstracto la compatibilidad de un texto normativo con el constitucional. Control abstracto y directo que se diferencia del difuso, cuyo ejercicio procede por vía incidental, de excepción o defensa procesal, en el que la formulación de inconstitucionalidad no es principal sino que conforma los fundamentos jurídicos de la pretensión.

Delimitado el objeto de la ADI, es imprescindible advertir que el control abstracto con efectos *erga omnes* exige que la norma sometida a escrutinio sea una norma general emanada de las autoridades de la CABA. Ello implica, por un lado, y al margen de los vastos desarrollos doctrinarios, que la generalidad debe ser analizada a los efectos de la ADI, pues no se trata de satisfacer necesidades académicas sino de armonizar tales criterios con la fisonomía de la acción prevista por el constituyente. Desde esa perspectiva, la jurisprudencia del TSJ permite sistematizar como criterios apropiados la repetibilidad y

Aires, Editorial Jusbaire, 2016, p. 973 y ss.

27. Ver TSJ *in re* "Massalin Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", Expte. N° 31/99.

la innovación en el ordenamiento jurídico, como rasgos propios de la generalidad que interesa para identificar normas objetables mediante la acción del artículo 113 inciso 2 de la CCABA.²⁸

Por otro lado, las normas cuya impugnación pueden constituir el objeto de una ADI deben haber sido emitidas por autoridades locales, pues lo contrario implicaría desbordar las atribuciones que el constituyente puso en juego al consagrar la acción abstracta de inconstitucionalidad.

En materia de legitimación, no es dudoso que ante el carácter abstracto del control de constitucionalidad canalizado a través de la acción prevista por el artículo 113 inciso 2 de la CCABA, no se requiere la existencia de un agravio ni de un derecho subjetivo para iniciar el procedimiento.²⁹ En el marco de tal premisa, el espectro de posibles variantes a la hora de establecer quiénes estarán legitimados para promover la acción directa de inconstitucionalidad es verdaderamente amplio, y la opción formulada en la Ley N° 402, artículo 18, es plausible al adoptar una fórmula máximamente abarcativa.³⁰

Otra de las peculiaridades de la ADI se relaciona con los efectos de la sentencia estimativa. La declaración de inconstitucionalidad de una norma de carácter general en el proceso previsto por el artículo 113 inciso 2, provoca la pérdida de vigencia de la norma, salvo en el caso de una ley que analizaremos por separado. Pérdida de vigencia asimilable a una derogación de la norma. El efecto de tal sentencia, por tanto, tiene alcance general o *erga omnes*. No está limitado a las partes que integraron la litis, pues al provocar la pérdida de vigencia de la norma reputada inconstitucional, la excluye del orden jurídico. El efecto abrogatorio es el que asigna y explica la fuerza *erga omnes* de estas sentencias anulatorias.³¹ Además, por imperio de la garantía de defensa en juicio, si bien los

28. Ver TSJ *in re* “Cátedra, Ricardo y otro c/GCBA s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, Expte. N° 3570/04, sentencia del 2 de marzo de 2005 y Díaz, Mariana, “La acción declarativa de inconstitucionalidad”, *op. cit.*, p. 71 y ss.

29. En tal sentido, ver Fix Fierro, Héctor, “La reforma judicial de 1994 en México y las acciones de inconstitucionalidad”, ED 165, p. 957.

30. El art. 18 de la Ley N° 402 establece que se encuentran legitimados para interponer la acción declarativa de inconstitucionalidad las personas físicas, las personas jurídicas, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los/las titulares de cada uno de los tres organismos que componen el Ministerio Público de la CABA.

31. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3° ed., Madrid, Civitas, 1984, p. 132.

efectos son generales, ellos operan hacia el futuro y carecen de impacto sobre relaciones jurídicas concretas que exceden el ámbito de las ADI.³²

Aun cuando, por razones de extensión, resultaría imposible agotar el desarrollo de los diversos formatos que pueden adoptar las sentencias en procesos de control concentrado, resulta imprescindible señalar que siempre que el amplio espectro, que abarca desde los pronunciamientos interpretativos hasta las sentencias manipulativas, se utilice para contener la potencia de la sentencia estimativa a fin de circunscribir la abrogación del segmento normativo a su parte inválida, sin afectar el resto de la norma en cuanto sea válido, y a su vez la utilización de esos diversos formatos no avance sobre potestades privativas de las otras ramas de gobierno, su utilización puede ser defendida.³³

En el terreno de los efectos de la sentencia estimativa, resta abordar el supuesto de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, pues ella, según expresamente lo dispuso el constituyente, se encuentra supeditada a una condición suspensiva representada por la necesidad de reenvío a la Legislatura que puede ratificar la vigencia de la ley cuestionada.

A esta altura, es posible señalar que la clave para la convivencia armónica entre ambas modalidades de control reside en identificar y resguardar el ámbito propio de cada uno. Mientras que el control difuso a cargo de todos los jueces tiene por objeto la protección de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, el sistema europeo tiene como eje el resguardo de la legalidad en el procedimiento de formación de las leyes. Al ser ello así, el modelo kelseniano instrumenta un control abstracto para verificar la conformidad de una norma con aquella que regula su producción. Aun cuando ambos sistemas buscan resguardar la supremacía constitucional, cada uno lo hace mediante mecanismos diversos. Las nociones brindadas, entonces, otorgan sustento suficiente para afirmar que si una pretensión es admisible como objeto de una ADI, en consecuencia no podría ser válidamente esgrimida en el marco del control difuso, pues allí la cuestión constitucional necesariamente

32. Los efectos para el futuro aparecen reconocidos en el art. 24 de la Ley N° 402.

33. Favoreu, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 77, así como TSJ en "Urbano, Antonio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", Expte. N° 4973, sentencia del 6 de noviembre de 2007.

opera como fundamento jurídico orientado a evitar la vulneración de una situación jurídica que su titular defiende en juicio.

En materia de costas, es sabido que los gastos causídicos provocados por la sustanciación de un proceso en sede jurisdiccional pueden imponerse al vencido, distribuirse proporcionalmente en función del resultado del pleito o por su orden con expresa mención de las razones que justifican asignar las costas de tal manera. Ahora bien, a partir de las especiales características de la ADI, en particular su condición de proceso abstracto y desligado de una sentencia de condena, se verificó una tendencia en el ámbito jurisprudencial primero,³⁴ y luego en el plano reglamentario, a partir de la cual las costas deberán ser siempre impuestas en el orden causado.³⁵

Resta establecer si las sentencias dictadas en el proceso previsto en el artículo 113, inciso 2, de la CCABA son susceptibles de ser revisadas por medio del recurso extraordinario federal. Al respecto, conforme el desarrollo y evolución experimentado por la ADI, cuadra señalar que existe un obstáculo que se presenta como valladar infranqueable y que obstaría *siempre* la procedencia del recurso mencionado. Precisamente, por la naturaleza del control instrumentado por la vía del artículo 113 inciso 2 de la CCABA, que traduce un control abstracto, independiente de toda controversia de derechos postulable en un caso concreto referido a situaciones jurídicas particulares. Tratándose entonces de una jurisdicción que no se ejerce en el marco de una causa con el significado que a ella asigna el artículo 2 de la Ley N° 27, el Alto Tribunal Federal no estaría habilitado a intervenir. Esta postura, al margen de otros argumentos concurrentes, fue la que finalmente se impuso en el ámbito jurisprudencial local y en el criterio de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.³⁶

A esta altura, cuadra indagar cuáles son las ventajas que otorga la incorporación de la acción declarativa de inconstitucionalidad en

34. Para un panorama de las diversas posturas, ver TSJ *in re* “Doy Miguel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. N° 52/99 y Díaz, Mariana, “La acción declarativa de inconstitucionalidad”, *op. cit.*, p. 136.

35. El art. 25 de la Ley N° 402 prevé que “En la acción declarativa de inconstitucionalidad, las costas son siempre soportadas en el orden causado”. El art. 26 complementa ello exceptuando al proceso del pago de tasa judicial.

36. Díaz, Mariana, “La acción declarativa...”, *op. cit.*, p. 142, con sus citas y dictamen de la Procuración General en “MACBAR SRL c/Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/recurso de hecho” del 9 de noviembre de 2005, al que remitió la CSJN.

el sistema jurídico de la CABA. Tal como ha quedado regulada, esta acción configura un mecanismo de participación que permite, sin restricciones de legitimación, determinar la agenda de los debates constitucionales que suscitan las normas generales dictadas por las autoridades locales. A su vez, al estar dirigida a lograr un control abstracto, no es necesario desvirtuar el resto de los cauces procesales propios del sistema difuso, pues la Ciudad, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito federal, a partir de la ADI ha instaurado un verdadero proceso de legalidad contra las normas locales con efectos *erga omnes* y pro futuro. Por otra parte, la tramitación en instancia única agiliza los tiempos y, eventualmente, puede evitar potenciales litigios futuros.

Otro aspecto sobresaliente consiste en facilitar el acceso a la Justicia, en particular en el marco de situaciones caracterizadas por la asimetría, pues habilita el escrutinio constitucional en un proceso sencillo y desprovisto de rigurosas formalidades, elevando la cantidad de potenciales custodios de las cláusulas constitucionales tanto federales como locales que pudieran resultar vulneradas por normas locales de carácter general.

El desarrollo normativo y jurisprudencial de la ADI ha demostrado la correcta articulación de los cauces procesales propios del control difuso y la acción del artículo 113, inciso 2, de la CCABA, propia de los esquemas concentrados. Ello, vale enfatizar, gracias a que para cada uno de los sistemas se ha preservado el ámbito que le es propio, sin permitir su incorrecta superposición. Queda reservado al ámbito del artículo 106 de la CCABA la protección de derechos, mientras que el control abstracto –desligado de situaciones jurídicas concretas– sólo procede en el marco de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

En definitiva, la posición y roles que a las diferentes ramas del gobierno les corresponden en cada sistema, difiere para asegurar la correcta interacción entre ellos, acorde a los derechos y garantías que surgen del bloque constitucional aplicable. Por ello, cuando están en juego derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, la CCABA confiere al Poder Judicial la última palabra en la resolución de las controversias (artículo 106 de la CCABA). En cambio, cuando se pone en marcha el control abstracto contra leyes locales, ante la ausencia de relaciones jurídicas en compromiso, el constituyente otorga la última palabra al órgano político depositario de la voluntad general y sin per-

juicio de lo que se pudiera resolver luego, por vía del control difuso, frente a un planteo concreto (artículo 113, inciso 2, de la CCABA).

De tal modo, el control difuso representa el control técnico de la política mientras que, por su parte, el control concentrado representa el control político de lo técnico.

Cierran el elenco de competencias asignadas al TSJ, con carácter originario, las propias de *materia electoral y de partidos políticos*. Ahora bien, el constituyente dejó a salvo la potestad legislativa para crear un tribunal electoral, supuesto ante el cual la intervención del TSJ ocurriría por vía de apelación.

En cuanto al alcance de aquello que debe entenderse como materia electoral o de partidos políticos, conviene señalar que, entre una definición amplia o restringida de tales cuestiones, ha primado el criterio amplio.³⁷

En el terreno de la intervención del TSJ por vía de apelación, el *recurso de inconstitucionalidad* configura un supuesto de apelación extraordinaria. Como tal, los motivos de agravio son específicos y, por regla, se circunscriben a las objeciones vinculadas con la interpretación de cláusulas de las constituciones nacional o local, así como a las cuestiones federales que pudieran ser materia del recurso extraordinario federal. Esto último, por cuanto la doctrina judicial establecida luego del *leading case* “Di Mascio”, impone que ellas deben quedar resueltas por el tribunal superior local con carácter previo a la intervención de la CSJN. El recurso de inconstitucionalidad se interpone contra las sentencias definitivas o equiparables del superior tribunal de la causa. Procede cuando se haya controvertido la interpretación o aplicación de normas contenidas en las constituciones nacional o de la Ciudad, o la validez de una norma o acto bajo la pretensión de ser contrarios a tales constituciones siempre que la decisión recaiga sobre esos temas.³⁸

En cuanto a los requisitos comunes y propios, se replican básicamente los que corresponden al recurso extraordinario federal.³⁹ Ahora bien, la principal particularidad que presenta es permitir al TSJ obrar

37. Ver TSJ en “Partido Corriente Patria Libre c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/daños y perjuicios”, Expte. N° 929, sentencia del 13 de febrero de 2001.

38. Art. 27 de la Ley N° 402.

39. Imaz, Esteban y Rey, Ricardo E., “El Recurso Extraordinario”, Buenos Aires, Edición de la *Revista de Jurisprudencia Argentina SA*, 1943, pp. 24 y ss. y 62 y ss.

como una suerte de casación local. Ello así por cuanto verificadas las condiciones de admisibilidad formal del recurso, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito federal por imperio de la restricción prevista en el artículo 75 inciso 12 de la CN, el TSJ puede interpretar derecho infraconstitucional. Así, se ha dicho que

No suscita la intervención de este tribunal lo relativo a la sola interpretación del derecho común o local. Su competencia en el recurso que nos ocupa está ligada a la aplicación de la CN y de la CCABA. Sin embargo, una vez esta suscitada, no existe impedimento para que interprete tanto el derecho local como el común, toda vez que, a diferencia de la CSJN, órgano al que toca conocer en un recurso con evidentes similitudes, no pesa sobre el TSJ la restricción que el artículo 75 inc. 12 y el 116 imponen a la Justicia federal. De este modo se da pleno efecto a lo que dispone el artículo 31 de la Ley N° 402 que impone al Tribunal resolver en lo posible el fondo del asunto.⁴⁰

A su vez, la intervención que permite al TSJ el recurso de inconstitucionalidad determina que, por regla, si luego de quedar resuelta la cuestión constitucional o federal la solución del pleito requiere formular interpretaciones relativas a cuestiones de hecho y prueba, la causa debe ser devuelta a la instancia de mérito para que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la dispuesto por el TSJ. En cambio, cuando la solución del pleito depende exclusivamente de cuestiones de derecho, luego de que el tribunal revoca la decisión apelada, deberá resolver sobre el fondo del asunto, pues la LPT así lo prevé “cuando sea posible”, es decir, cuando el pronunciamiento dependa de la interpretación del derecho aplicable sin que exista controversia en torno a los aspectos de hecho y prueba.⁴¹

Finalmente, al igual que la CSJN, el TSJ ha ampliado su rol de intérprete final de la CCABA a través de la doctrina de la arbitrariedad. En ese marco, frente a un pronunciamiento que, a criterio del TSJ, encuadre bajo las diversas deficiencias que permite dar por configurado un supuesto de arbitrariedad, al estar vulnerada la cláusula constitucional de defensa en juicio, en tanto se menoscaba la garantía de acceder a una

40. Ver TSJ en “Verseckas, Emilia María c/GCBA s/daños y perjuicios [excepto resp. médica]”, Expte. N° 3260/04, sentencia del 16 de marzo de 2005.

41. Art. 31 de la Ley N° 402.

sentencia fundada en ley, se suscita la presencia de un caso constitucional y, conforme quedó dicho, dispuesta la revocación de la sentencia impugnada, eventualmente, podrá resolverse el fondo del pleito, o devolverlo cuando fuera necesario formular valoraciones de hecho y prueba ajenas a la jurisdicción abierta por el recurso de inconstitucionalidad.

La distribución de atribuciones que formulan los artículos 27 y 31 de la LPT brinda un claro ejemplo de la aplicación de la técnica de división del poder para evitar concentración y abuso. En efecto, el diseño bajo estudio demuestra que a los jueces de mérito les corresponde, por regla, la determinación de los hechos, mientras que, por su parte, las reglas de interpretación del derecho ante la formulación de un caso constitucional o federal, y a partir de ello, la casación del derecho infraconstitucional, corresponden al TSJ. Ello implica que ni los magistrados de mérito ni los del TSJ tendrían posibilidad de resolver asuntos idénticos de modo diverso pues, en función del reparto de competencias que tienen atribuidas, a ninguno se le ha conferido la potestad total sobre los diversos aspectos requeridos para resolver un pleito. Es decir, los hechos y valoración de la prueba quedarán fijados por los jueces de mérito y, a su turno, habilitada formalmente la instancia extraordinaria, las reglas de derecho quedarán formuladas por los jueces del TSJ.

En el ámbito de la jurisdicción apelada también está prevista la intervención del TSJ mediante el *recurso ordinario de apelación*, que procede en las causas en que la Ciudad sea parte, tanto en su carácter de actora como de demandada, cuando el monto debatido supere el que fije la reglamentación.⁴² Además, conforme la jurisprudencia del TSJ, el recurso ordinario de apelación sólo procede contra sentencias definitivas.⁴³

La consagración del remedio procesal en juego, como una tercera instancia ordinaria, importa, cumplidas las condiciones de admisibilidad pertinentes, abrir la revisión de cuestiones de hecho, prueba y

42. El artículo 2 de la Ley N° 189 sustituye el inciso 6 del artículo 26 de la Ley N° 7 Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, y dispone que el Tribunal Superior de Justicia conoce “En instancia ordinaria de apelación, en las causas en que la Ciudad sea parte, cuando el valor disputado en último término, sin sus accesorios, sea superior a la suma de pesos setecientos mil (\$ 700.000)”.

43. TSJ en “Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos”, Expte. N° 860/01, sentencia del 9 de abril de 2001.

derecho. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito federal, al tener rango constitucional, resulta indisponible para el legislador y, por su origen, no podría ser descalificado en sede judicial como ha sucedido en los casos “Itzcovich” y “Anadón”.⁴⁴

En la regulación tanto del recurso de inconstitucionalidad como en el supuesto del recurso ordinario de apelación ante el TSJ, el juicio de admisibilidad formal y procedencia material están divididos. Ambos recursos se presentan ante el estrado que emitió la sentencia cuestionada y son esos jueces los que formulan la primera verificación en torno al cumplimiento de las condiciones que habilitan la intervención del TSJ.

De todos modos, ante la denegatoria de tales recursos, mediante la *queja por denegación de recurso*, la parte puede someter la cuestión ante los verdaderos jueces del recurso para que analicen la validez del juicio de admisibilidad y, en su caso, admitan la queja y resuelvan el recurso de inconstitucionalidad. El principal objetivo del recurso de hecho, en el supuesto de recurso de inconstitucionalidad denegado, es demostrar que el pronunciamiento a cuya revisión se aspira compromete una cuestión constitucional o federal. Por su parte, en el caso del recurso ordinario de apelación denegado, deberá acreditarse que se trata de un juicio en el que el Estado local es parte, que se supera el mínimo legal de apelabilidad y que se ataca una sentencia definitiva. En cuanto a los efectos de la interposición de la queja, la ley dispone que “mientras el Tribunal Superior de Justicia no haga lugar a la queja, no se suspende el curso del proceso salvo que el tribunal así lo resuelva por decisión expresa”.⁴⁵

Finalmente, completa el cuadro de competencias del TSJ el *recurso por denegación de justicia*. Esta atribución compromete más bien una facultad de superintendencia ante el retardo de justicia, es decir, cuando los jueces de mérito omiten dictar los pronunciamientos pertinentes dentro de los plazos legalmente establecidos al efecto. Ante la presentación de la queja por retardo de justicia, el TSJ requiere informe al juez o Sala a quien se le imputa la mora y, evacuado aquel o vencido el plazo, verificado el incumplimiento denunciado, se fija un plazo para que se dicte sentencia. Es decir que no se trata de un cauce procesal

44. Fallos: 328:566 y 338:724, respectivamente.

45. Art. 33 de la Ley N° 402.

destinado a provocar un pronunciamiento material acerca de la controversia, sino de una herramienta para superar la inactividad de la judicatura que, con su inacción, provoca una denegación de justicia.⁴⁶

Artículo 114

El Tribunal Superior de Justicia dicta su reglamento interno, nombra y remueve a sus empleados y proyecta y ejecuta su presupuesto.

A partir de la incorporación de los Consejos de la Magistratura, tanto en el orden local como federal se ha preservado, para las cabezas jurisdiccionales, entendiéndose por tales a los tribunales que ostentan la máxima jerarquía entre los órganos permanentes del Poder Judicial, potestades para dictar su propio reglamento en el ámbito administrativo y presupuestario. Como correlato, las potestades reglamentarias conferidas en ese plano al Consejo de la Magistratura de la CABA no alcanzan al TSJ.

Esta distribución representa una herramienta en beneficio de la independencia funcional de la cabeza jurisdiccional del Poder Judicial local.⁴⁷ Esa independencia, sin embargo, dados los cambios profundos que implica la incorporación del Consejo de la Magistratura, llevaron a sostener que hubiera resultado conveniente establecer que “la presidencia del Consejo fuera del Presidente de la Corte a fin de armonizar las perspectivas” en juego.⁴⁸ Ello, en el ámbito de la CABA, supondría establecer la atribución de la presidencia al estamento judicial.

Al dictar su reglamento interno, el TSJ ha dispuesto cómo se eligen sus autoridades. Luego de una primera etapa en la que la presidencia era rotativa, actualmente se trata de un cargo sujeto a elección entre los magistrados del TSJ, y su ejercicio dura dos años.⁴⁹

46. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, T. V, p. 317; TSJ en “Anapios, Ernesto s/queja por retardo, privación o denegación de justicia”, Expte. N° 3856/05, sentencia del 13 de abril de 2005 y arts. 36 y 37 de la Ley N° 402.

47. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad...*, op. cit., p. 336.

48. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina...*, op. cit., p. 475.

49. Ver Anexo I, Acordada N° 7/1998, T.O. del Reglamento Interno del TSJ según Disp. 10/2016.

Capítulo Tercero Consejo de la Magistratura

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Por Juan Octavio Gauna

Artículo 115

El Consejo de la Magistratura se integra con nueve miembros elegidos de la siguiente forma:

- 1. Tres representantes elegidos por la Legislatura, con el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros.**
- 2. Tres jueces del Poder Judicial de la Ciudad excluidos los del Tribunal Superior, elegidos por el voto directo de sus pares. En caso de que se presentare más de una lista de candidatos, dos son de la lista de la mayoría y uno de la minoría.**
- 3. Tres abogados o abogadas, elegidos por sus pares, dos en representación de la lista que obtuviere la mayor cantidad de votos y el restante de la lista que le siguiere en el número de votos, todos con domicilio electoral y matriculados en la Ciudad.**

Duran en sus funciones cuatro años y no pueden ser reelegidos sin un intervalo de por lo menos un período completo. Designan su presidente y tienen las mismas incompatibilidades e inmunidades que los jueces. Son removidos por juicio político.

CREACIÓN. NATURALEZA DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

En 1996, con la sanción de esta Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, se dispuso que el Poder Judicial de la Ciudad estuviera integrado por el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Magistratura, los demás tribunales que la ley establezca y el Ministerio Público (artículo 107).

La Constitución local establece que la naturaleza institucional del Consejo de la Magistratura, es la de un organismo que forma parte del Poder Judicial. De esta manera, el Libro Segundo de la CCABA está dedicado al Gobierno de la Ciudad, el Título Quinto regula el Poder Ju-

dicial de la Ciudad y dentro de este encontramos el Capítulo Tercero, dedicado al Consejo de la Magistratura.

Esta ubicación es, por otro lado, la misma que tiene el Consejo de la Magistratura de la Nación, regulado en el artículo 114, que se instala en la Segunda Parte de la Constitución Nacional, en el Título Primero correspondiente al Gobierno Federal y en la Sección tercera que regula el Poder Judicial entre otras normas establecidas en el Capítulo Primero, denominado “De su naturaleza y duración”.¹

Los constituyentes porteños siguieron entonces el modelo nacional ubicando al Consejo de la Magistratura dentro de la esfera del Poder Judicial. Claro está que sin funciones jurisdiccionales.

Asimismo, la Ley N° 31, Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura y reglamentaria de los artículos 115, 116 y 117 de la Constitución local, establece en su artículo 1 que “El Consejo de la Magistratura es un órgano permanente de selección de magistrados y administración del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...”.

La mayoría de las provincias eligieron el mismo camino que la Constitución Nacional, situando al Consejo de la Magistratura como integrante del Poder Judicial. De diferente manera en las jurisdicciones de las provincias de Entre Ríos y Misiones, el Consejo está incluido en el texto constitucional referente al Poder Ejecutivo, instituyéndose como un órgano de asesoramiento. Entre tanto, en la Provincia de Santa Fe, se ubica dentro del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para asesorar al Poder Ejecutivo, y en Córdoba, dentro de la órbita de la Secretaría de Justicia, con las mismas características.²

INTEGRACIÓN DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

El Consejo está integrado por nueve miembros. Tres representantes elegidos por la Legislatura, con el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros, tres jueces del Poder Judicial de la Ciudad, que no pueden ser los magistrados del Tribunal Superior de Justicia, y tres

1. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 4° ed., 2015, T. 1, p. 484.

2. Alonso, Melania, “Los Consejos de la Magistratura: análisis a partir del Derecho Comparado”, en *El Consejo de la Magistratura. Abordaje crítico y sistemático desde diversas perspectivas*, coordinado por Alejandra B. Petrella, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2016, p. 36.

abogados o abogadas, elegidos por sus pares, dos en representación de la lista que obtuviere la mayor cantidad de votos y el restante de la lista que le siguiere en número de votos, todos con domicilio electoral y matriculados en la Ciudad.

Como primer punto de análisis, cabe decir que de la integración mencionada se manifiesta la diferencia que adoptó el constituyente local con su par nacional al no incluir representantes designados por el Poder Ejecutivo. Esta diferencia central deja ver que los constituyentes locales quisieron, en la medida de lo posible, no intoxicar políticamente al Consejo, evitando la inclinación de representantes a favor de los poderes políticos. Más aun considerando que al Poder Ejecutivo le corresponde la designación de los magistrados del Tribunal Superior de Justicia. Por lo tanto, es también ecuaníme que en la designación de los jueces inferiores este no participe.

Por otro lado, y a diferencia del Consejo nacional, adopta el Consejo porteño un *tripartito igualitario* como sistema de distribución de sectores que deben integrar el cuerpo colectivo que constituye el Consejo. Así, son tres representantes de cada uno de los estamentos, Poder Legislativo, Poder Judicial y abogados, criterio que intenta mantener la proporcionalidad adecuada entre los tres grupos elegidos.³

Al respecto, en las sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma, el convencional Dr. Enriquez, al fundamentar el artículo 114 de la Constitución Nacional, expresó que ahí se habla de equilibrada integración, pero entendiendo que esa equilibrada pro-

3. En el Consejo Nacional, acorde a la Ley N° 26080, sancionada el 22 de febrero de 2006 y, promulgada el 24 de febrero 2006, el Consejo quedó integrado por trece miembros, de acuerdo con la siguiente composición: Tres jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el sistema D'Hont, debiéndose garantizar la representación igualitaria de los jueces de cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados, con competencia federal del interior de la República. Seis legisladores. A tal efecto los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos a la mayoría y uno a la primera minoría. Dos representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula. Uno de los representantes deberá tener domicilio real en cualquier punto del interior del país. Un representante del Poder Ejecutivo. Un representante del ámbito académico y científico que deberá ser profesor regular de cátedra universitaria de facultades de derecho nacionales y contar con una reconocida trayectoria y prestigio, el cual será elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional con mayoría absoluta de sus integrantes.

porción en la integración evoca simplemente la igualdad de los distintos estratos que la componen. Así, sigue diciendo que claramente el Consejo de la Magistratura estará integrado por nueve miembros, allí estarán representados los jueces, la clase política, a través de los representantes del Poder Legislativo, y también los abogados, por medio de elecciones que en cada uno de estos estamentos fijen claramente cómo será su integración, respetando a las minorías en el marco de la pluralidad ideológica que se ha querido dar.⁴

Si bien el texto constitucional no aclara si los tres representantes del Poder Legislativo pueden o no ser legisladores, la Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires establece en su artículo 4 que los representantes designados por la Legislatura no pueden ser legisladores con mandato vigente. Luego establece que los mismos deben ser abogados o poseer especial idoneidad para la función a desempeñar, cumplir con los requisitos constitucionales para ser diputado y no estar afectados por los impedimentos del artículo 72 de esta Constitución.⁵

Es acertada la decisión de la Legislatura porteña, que impide que los propios legisladores sean integrantes del Consejo. En este sentido acompañamos la reflexión del Dr. Humberto Quiroga Lavié quien, previo a la sanción de la Ley N° 31, se manifestó en tal sentido explicando que la dedicación plena que demanda la función de un consejero no es compatible con las inequívocamente exclusivas que tiene que realizar un legislador.⁶

Vale agregar que el requisito de las dos terceras partes de la Legislatura para poder designar estos representantes demuestra la voluntad del constituyente de asegurar que los sectores minoritarios que la integran puedan determinar una integración del Consejo, priorizan-

4. Intervención del Dr. Jorge Enriquez, 14ª Reunión, 9ª Sesión Ordinaria, 24 de septiembre de 1996, en *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, T. 2, p. 949.

5. El mismo artículo 4 agrega además que los representantes de la Legislatura deben presentar anualmente, al inicio del período de sesiones ordinarias, un informe de lo actuado. Como también tienen obligación de informar y concurrir al Cuerpo Legislativo cuando estos lo requieran.

6. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 338.

do las necesidades funcionales y la representación de la minorías ante las conveniencias políticas.

En cuanto a los tres jueces, ellos deben tener, acorde al artículo 5 de la mencionada Ley N° 31, al menos dos años de antigüedad en el ejercicio de la magistratura como mínimo.⁷

Además, son elegidos por el voto directo de sus pares, en donde si se presenta más de una lista de candidatos, dos pertenecen a la mayoría y uno a la primera minoría. Manteniendo el criterio de lo que ocurre con los consejeros seleccionados por los abogados. Nuevamente se demuestra la finalidad del constituyente de permitir la representación de la minoría y la diversidad en el alineamiento político.

Por otro lado, se restringe a los miembros del tribunal superior la posibilidad de ser miembros del Consejo, considerando no sólo que sus funciones como magistrados del máximo tribunal local requieren de una dedicación exhaustiva y por lo tanto no compatible con las funciones del Consejo, sino que también porque estos magistrados, como ha sido dicho anteriormente, son elegidos por el Poder Ejecutivo, por lo tanto se prefiere mantener la integración del Consejo sin influencia alguna de este poder.

Respecto a los tres abogados miembros del Consejo, estos deben tener por lo menos 8 años de graduados, tener domicilio electoral y estar matriculados en la Ciudad de Buenos Aires, requisitos que son establecidos por el artículo 6 de la Ley N° 31. Asimismo, su designación es por votación directa, pero en este caso son dos elegidos por la lista que obtuviere mayor cantidad de votos, y el restante por la lista que le siguiere en número de votos.

La ley establece asimismo que los miembros del Consejo de la Magistratura no pueden ser todos del mismo sexo. Los dos primeros candidatos de cada lista, tanto de jueces y juezas como de abogados y abogadas, no pueden ser del mismo género.⁸

Se prohíbe además que los miembros del Consejo ejerzan simultáneamente otros cargos dentro del Poder Judicial, como integrar el Jurado de Enjuiciamiento o el Ministerio Público. Tampoco podrían

7. El artículo 5 fue recientemente modificado, pues anteriormente se requería al menos cuatro años en el ejercicio de la magistratura.

8. Artículo 12 de la Ley N° 31, sancionada el 28/05/1998. Modificada por la Ley N° 5288, BOCBA N° 4672 del 03/07/2015 y por la Ley N° 5569, BOCBA N° 4931 del 27/07/2016.

concurrar para ser designados como jueces o fiscales del Ministerio Público. La prohibición aparece como racional pues sería incompatible que quien está a cargo de acusar y decidir la apertura del procedimiento de remoción de los jueces y miembros del Ministerio Público, sea también quien está a cargo de juzgar esa remoción como miembro del Jurado de Enjuiciamiento.

El artículo 115 determina que los miembros del Consejo duran en sus funciones cuatro años y no pueden ser reelegidos sin un intervalo de por lo menos un período completo. La restricción se entiende conveniente para permitir el recambio de quienes encabezan la administración del Poder Judicial.

Agrega luego que los miembros del Consejo de la Magistratura designan a su Presidente, quien es el representante legal e institucional del Consejo.

Se dispone asimismo que los miembros del Consejo poseen las mismas incompatibilidades e inmunidades que los jueces. Estas son las reguladas en el artículo 119 de la Constitución. Las incompatibilidades son lógicas y fundadas toda vez que su cimiento principal es la imparcialidad de las decisiones judiciales. Estas mismas serían aplicables al Consejo asegurando la imparcialidad de las resoluciones y disposiciones del mismo que rigen el funcionamiento del Poder Judicial.

Finalmente, establece el artículo en comentario que los integrantes del Consejo de la Magistratura son removidos por juicio político. Lo dispuesto por el artículo 115 para un mayor entendimiento debe correlacionarse con el artículo 92 que establece las causales del juicio político y los funcionarios que quedan sometidos al mismo.

Me ha tocado ser integrante del primer Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en 1998, del que además fui elegido Presidente por mis colegas consejeros.

En aquella oportunidad la cantidad de miembros eran 6, en mi caso fui consejero representante de la Legislatura, junto con la Dra. Gloria Elvira Bonatto y el Dr. Arístides Horacio Corti quien luego fuera remplazado por el Dr. Norberto Lorenzo, y como representantes de los abogados matriculados de la Ciudad estaban la Dra. María Luisa Casas de Chamorro Vanasco y el Dr. Julio César Cueto Rúa, elegidos por la lista que obtuvo la mayor cantidad de votos, y el Dr. Carlos María Cárcova, elegido por la lista que le siguió en número de votos.

En aquel período de cuatro años no había jueces representantes del Poder Judicial, pues aún no habían sido seleccionados, ya que no existían magistrados del Poder Judicial de la Ciudad. Su formación fue recién durante esos años.

La constitución del Consejo de la Magistratura con seis miembros se mantuvo durante dos períodos, dado que recién al tercer período se pudo contar con los magistrados que efectivamente cumplieran con los requisitos necesarios para poder ser miembros del Consejo. Ello así pues, como vimos, en aquel momento la ley establecía que estos debían tener al menos cuatro años de antigüedad en la magistratura. Asimismo la cláusula transitoria segunda de la Ley N° 31 exigía un mínimo de treinta jueces para efectuar la votación de selección de los consejeros.

La integración temporaria del Consejo con tan sólo seis miembros fue criticada por parte de la doctrina y valió la propia declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Superior de Justicia.⁹ Sin embargo, la Legislatura, en ejercicio de las facultades dispuestas en el artículo 113 inciso 2 de este cuerpo legal, que expresamente la faculta para ratificar una ley que haya sido declarada inconstitucional por el Tribunal Superior dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes, ratificó las cláusulas transitorias que disponían la integración incompleta del Consejo.

En lo personal comparto dicha ratificación, pues en las condiciones descritas sólo era posible estar a la espera de la designación de los jueces miembros del Poder Judicial y la Legislatura entendió que la integración incompleta de manera temporaria permitía el comienzo y el funcionamiento del Consejo de manera más rápida. En efecto, en aquel momento era necesario buscar una alternativa que posibilitara que el Consejo comenzara a funcionar cuanto antes para poder efectivamente iniciar los concursos de oposición y antecedentes.

El trabajo que debíamos realizar como primer Consejo de la Magistratura no sólo se agotaba con la designación de los nuevos jueces, que de por sí ya era una ardua tarea, sino que además debimos pro-

9. "Gordillo, Agustín Alberto c/GCBA (Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires) y otro s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" (Exp. N° 1867/02), sentencia del 25/11/2003.

yectar la organización y la infraestructura adecuada para el traspaso de las competencias.

En resumen, la integración del Consejo de la Magistratura local se estableció de manera tal de asegurar la representación equitativa de cada sector y el equilibrio justo entre los estamentos integrantes.

Asimismo, la ausencia del Poder Ejecutivo como candidato a integrar el Consejo se refiere al objetivo de los constituyentes, que como ya se señalara, impedía teñir políticamente a quienes tendrán a su cargo la designación de los magistrados, y el funcionamiento y organización del servicio de justicia.

Con miras a asegurar la autonomía debida y necesaria del Poder Judicial, la exclusión del Poder Ejecutivo en el Consejo de la Magistratura ha resuelto ser una garantía para la independencia de los jueces y la tutela judicial efectiva.

Artículo 116

Salvo las reservadas al Tribunal Superior, sus funciones son las siguientes:

- 1. Seleccionar mediante concurso público de antecedentes y oposición a los candidatos a la magistratura y al Ministerio Público que no tengan otra forma de designación prevista por esta Constitución.**
- 2. Proponer a la Legislatura los candidatos a jueces y al Ministerio Público.**
- 3. Dictar los reglamentos internos del Poder Judicial.**
- 4. Ejercer facultades disciplinarias respecto de los magistrados.**
- 5. Reglamentar el nombramiento, la remoción y el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados, previendo un sistema de concursos con intervención de los jueces, en todos los casos.**
- 6. Proyectar el presupuesto y administrar los recursos que la ley le asigne al Poder Judicial.**
- 7. Recibir las denuncias contra los jueces y los integrantes del Ministerio Público.**
- 8. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, formulando la acusación correspondiente ante el Jurado de Enjuiciamiento.**

FINALIDAD DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires recepta el principio de separación de poder como sistema republicano de gobierno, en donde cada órgano ejerce su función autónomamente sin entrometerse en los asuntos del otro. La independencia del Poder Judicial es fundamental y esencial para el Estado republicano y para el resguardo de los derechos.

En función de ello, es necesario que cada uno de los poderes ejerza el gobierno sobre sí mismo. En este sentido se dice que el Consejo de la Magistratura es el gobierno del Poder Judicial, encontrándose dentro de sus funciones y obligaciones la designación y remoción de los jueces y el ejercicio de facultades disciplinarias y administrativas del Poder Judicial.

ATRIBUCIONES. DESIGNACIÓN DE JUECES Y FISCALES

El Consejo de la Magistratura debe seleccionar mediante concurso público de antecedentes y oposición a los postulantes de las magistraturas inferiores y fiscales del Ministerio Público, como lo dispone el artículo 116. La selección de los magistrados e integrantes del Ministerio Público mediante los concursos tiene como objetivo asegurar la idoneidad, la capacidad y la transparencia de quienes formarán parte del Poder Judicial y la prestación del servicio de justicia.

Actualmente, según las previsiones de la Ley N° 31, y la Resolución del Consejo de la Magistratura N° 23/15, la Comisión de selección de jueces, juezas e integrantes del Ministerio Público es quien está a cargo de llamar a concurso público de oposición y antecedentes para cubrir las vacantes de la magistratura y del Ministerio Público que no tengan otra forma de designación en la Constitución. Es decir, no interviene en la selección de los integrantes del Tribunal Superior como tampoco del Fiscal General, el Defensor General y el Asesor General de Incapaces.

Asimismo, la Comisión debe realizar el sorteo de los integrantes del jurado del concurso de listas de expertos que son confeccionadas por el Tribunal Superior, la Legislatura, los jueces, el órgano que ejerce el control de la matrícula de abogados y las facultades de Derecho con asiento en la Ciudad, tal como lo dispone el artículo 117.

Atento a los resultados del concurso, la Comisión, previa publicación, eleva al plenario del Consejo el orden de mérito, para que este formule las propuestas de designación a la Legislatura.

Distinto es el mecanismo en el orden nacional, en donde el Consejo de la Magistratura eleva al Poder Ejecutivo una terna vinculante de candidatos para que el Presidente de la Nación elija entre los propuestos y envíe la designación al Senado nacional, a fin de que este proceda a emitir el acuerdo o rechace el candidato.

Es clara la intención del constituyente local de evitar en lo posible las designaciones políticas de los jueces, impidiendo por completo la intervención del Poder Ejecutivo.

Por otro lado, tampoco hay ternas vinculantes, sino que las designaciones las hace directamente el Consejo para que la Legislatura las acepte o rechace, no pudiendo esta rechazar más de un candidato por cada vacante a cubrir, según lo establece el artículo 118.

Como bien explica el Dr. Martín Ocampo, existe una determinación constitucional de otorgar preeminencia a la decisión técnica a la hora de seleccionar a los candidatos para ejercer la magistratura en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por sobre cualquier decisión política, desde que no sólo excluye al Ejecutivo de tal resolución sino que, incluso, restringe en gran medida las atribuciones del Legislativo.¹⁰

La incorporación del Consejo de la Magistratura y su función de selección de magistrados e integrantes del Ministerio Público sirvió no sólo para poder transparentar y evitar las elecciones meramente partidarias, sino también para acreditar que las personas que conforman la magistratura reúnen al menos los requisitos necesarios de formación y profesionalidad e idoneidad técnica adecuada para el cargo.

En tal sentido, se estableció en las sesiones de la Convención Constituyente, por parte de la convencional Dra. Nilda Garré, que hay otro elemento fundamental previsto con vistas a garantizar la independencia del Poder Judicial. Es la realización de los concursos públicos para la designación de jueces y miembros del Ministerio Público. La importancia de esto es, a su juicio, esencial, porque sólo la idoneidad, la capacitación, los antecedentes verificados en un concurso transparente, inobjetable,

10. Ocampo, Martín, "La ausencia absoluta del Poder Ejecutivo en la selección y remoción de integrantes del Poder Judicial y en su administración", en *El Consejo de la Magistratura. Abordaje crítico y sistemático desde diversas perspectivas*, op. cit., p. 117.

neutral, con todas las garantías, van a asegurar la imparcialidad y la objetividad de los magistrados que surgirán de esos concursos.¹¹

Como ya lo he dejado expuesto en la conclusión del artículo 115, tuve el honor y privilegio de integrar el Consejo en representación de la Legislatura y ser su Presidente entre 1998 y 2002.

Este Consejo debió asumir el importante desafío de integrar una Justicia desde los mismos cimientos construidos por la Constitución, la cual, en el artículo que comentamos, exigía proponer a la Legislatura los candidatos a jueces y al Ministerio Público previo a seleccionar mediante concurso público de antecedentes y oposición a los candidatos a la magistratura y al Ministerio Fiscal.

La tarea resultó lógicamente ardua y hubo que ponerla en práctica con rapidez, se comenzó con el llamado al concurso n° 1/99 para el fuero Contencioso Administrativo y Tributario, con inscripción desde el 31 de mayo de 1999 hasta el 30 de junio del mismo año, para cubrir 6 jueces de Cámara, y se inscribieron 77 postulantes, 12 jueces de Primera Instancia con 197 inscriptos, un Fiscal General Adjunto presentándose 25 postulantes, un Fiscal de Cámara con 32 aspirantes, dos Fiscales de Primera Instancia con 93 presentantes; un Defensor de Primera Instancia con 62 pretendientes, un Defensor General Adjunto con 16 solicitantes y un Asesor Tutelar de Primera Instancia con 58 pretensesores. La suma del conjunto dio la cifra de 560 postulantes.

El jurado se constituyó tal cual lo establecido por la normativa vigente con las Dras. María Claudia Daverio, propuesta por la Legislatura, la Dra. Susana Albanese elegida por el Tribunal Superior y los Dres. Roberto Manuel López Cabana, jurado en representación del Colegio Público de Abogados, y el Dr. Tomás Hutchinson, nominado por las universidades. Este único jurado se encargó de todas las categorías llamadas por el concurso que se tradujo en una labor gigantesca que siempre hemos valorado y agradecido. No dejamos de pensar en que tal vez nos equivocamos al no dividir los distintos cargos con distintos jurados donde el quehacer se hubiera atenuado al circunscribirse el cometido.

El reglamento de concursos para magistrados aprobado por Resolución N° 147/99 del Consejo de la Magistratura vino en auxilio ante la

11. Intervención de la Dra. Nilda Garré, 14ª Reunión, 9ª Sesión Ordinaria, 24 de septiembre de 1996, en *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, op. cit., T. 2, p. 987.

presencia de los 560 postulantes. En efecto, el artículo 24 dispone que la Comisión de selección preseleccione hasta un máximo de diez postulantes por cada cargo a cubrir, en función de sus antecedentes. El plenario del Consejo puede ampliar el mínimo de concursantes preseleccionados cuando la paridad de los antecedentes de los inscriptos así los justifique. El puntaje que asigne la Comisión en función del proceso de preselección no es vinculante para la posterior estimación que de los mismos realice el jurado en la oportunidad prevista en el artículo 29 del reglamento del concurso. Quienes queden excluidos de la preselección no pueden participar del concurso en trámite, la nómina de los concursantes se publica por un día en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires.

Resulta oportuno aclarar que el conjunto del Consejo, es decir, los seis miembros, se constituyó como Comisión de selección ante la carencia de los jueces y se mantuvo un máximo de diez postulantes para todos los cargos que integraban el llamado, salvo que se amplió a 124 los pretendientes a jueces de Primera Instancia y no a 120, ya que doce eran los llamados, por lo que al existir igualdad de puntajes se amplió a cuatro pretendientes más. Así ocurrió también en relación al cargo de Fiscal de Primera Instancia que en lugar de 20 concursantes, eran dos cargos, se amplió a 21 por la misma razón ya anunciada respecto de los jueces de Primera Instancia.

Se presentaron al examen escrito para juez de Cámara 47 personas y al oral 46, para Juez de Primera Instancia lo hicieron 105 presentes para el escrito y 99 para el oral, para Fiscal de Primera Instancia 17 en el escrito e igual cantidad para el oral, para el cargo de Fiscal General Adjunto hubo 10 presentantes para el escrito y 9 para el oral, en cuanto al cargo de Defensor General Adjunto 9 para el escrito y 8 al oral, para Fiscal de Cámara se presentaron 8 para el escrito y la misma cantidad para el oral, para Asesor Tutelar de Primera Instancia se presentaron 10 para el escrito y oral, y finalmente para Defensor de Primera Instancia se presentaron 7 para el escrito y para el oral.

Por el expediente N° 34/99 tramitó el Concurso N° 1/99 abierto para cubrir los cargos de Jueces de Primera y Segunda Instancia, Fiscal General Adjunto, Defensor General Adjunto, Fiscal ante la Cámara de Apelaciones, Fiscal ante la Primera Instancia y Defensor y Asesor Tutelar con actuación en ambas instancias, todos en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El mencionado concurso se llevó a cabo con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento de Concurso para la Selección de Magistrados e Integrantes del Ministerio Público correspondiente al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aprobado por la Resolución N° 4/98 del Plenario, de fecha 23 de diciembre de 1999, y sus modificatorias dictadas en consecuencia de lo establecido en el artículo 116 de la Constitución local, y la Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura N° 31.

El procedimiento de selección se desarrolló de total conformidad con las normas aludidas y se describió, estadio por estadio, en el Acta Final N° 31/100, con sus cincuenta y nueve anexos que formaron parte inescindible de aquella, obrante en el Expediente N° 34/99 del Consejo.

En fecha 29/05/2000, el Consejo se encontró en condiciones de dar por concluido el procedimiento del concurso de marras, exceptuando el cargo de Juez de Cámara, debido a trámites aún pendientes de resolución respecto del mismo.

En virtud de ello, correspondió en esa última etapa aprobar el procedimiento del concurso respecto a los cargos de Juez de Primera Instancia, Fiscal General Adjunto, Defensor General Adjunto, Fiscal ante la Cámara de Apelaciones, Fiscal ante la Primera Instancia, Defensor y Asesor Tutelar, estos dos últimos con actuación en ambas instancias, todos en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y emitió la decisión que lo clausura en los términos del artículo 39 *in fine* del Reglamento de Concurso citado.

Teniendo en cuenta el orden de mérito definitivo que resulta del acta citada, se efectuaron las propuestas para la cobertura de los cargos concursados, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 116, la Ley Orgánica N° 31 y las reglamentarias.

El Consejo de la Magistratura resolvió aprobar el Acta Final N° 31/00, con sus 59 anexos, obrante en el Expediente N° 34/99 del Consejo, caratulado “Concurso N° 1/99”. Propuso a la Legislatura de la Ciudad los candidatos seleccionados para cubrir los cargos que a continuación se detallan:

Juez de Primera Instancia: Osvaldo Oscar Otheguy; Juan Vicente Cataldo; Alfredo Augusto Kersman; Lidia Ester Lago; Hugo Ricardo Zuleta; Fernando Enrique Juan Lima; Guillermo Fabio Treacy; Patricia Graciela López Vergara; Fabiana Haydeé Schafrik; Elena Amanda Liberatori de Aramburu; Roberto Andrés Gallardo y Alejandra Beatriz Petrella.

Fiscal General Ajunto: Rubén Antonio Pereyra. Fiscal General de la Cámara de Apelaciones: Daniela Bruna Ugolini. Fiscal General ante la Primera Instancia: Mariana Beatriz Pucciarello y Alfredo Silverio Gusman. Defensor General Adjunto: Graciela Elena Christe. Defensor ante la Primera Instancia: Fernando Marcelo Lodeiro Martínez, y como Asesor Tutelar ante la Primera Instancia: Gustavo Daniel Moreno.

Se comunicó la Resolución N° 133/2000 a la Legislatura, haciéndose saber que se encontraba a su disposición, en la sede del Consejo, el Expediente N° 34/99 caratulado “Concurso N° 1/99”, en veintidós cuerpos y 4548 fojas con los 59 expedientes que tramitaron por cuerda separada como anexos del mismo, para su consulta en caso de que lo considerara necesario.

Por su parte, por Resolución N° 174 de fecha 13 de julio de 2000, habiéndose cumplido con los trámites que estaban pendientes en relación al concurso para los cargos de Juez de Cámara de Apelaciones de la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria, se propuso a la Legislatura para cubrir dichos cargos a los candidatos seleccionados que citamos a continuación: Rodolfo Roque Spisso; Inés Mónica Weinberg de Roca; Esteban Centanaro; Carlos Francisco Balbín; Eduardo Ángel Russo; Nélica Mabel Daniele.

Con posterioridad se pasó a llamar a concurso para los diferentes cargos a cubrir de la Justicia Contravencional y de Faltas: dos cargos de Fiscal ante la Cámara Contravencional y de Faltas, doce cargos de juez de Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas, 24 cargos de Fiscal ante la Justicia de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas, 16 cargos de Defensores de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas, y 38 cargos de jueces de primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas.

A ello se debió agregar los distintos cargos de secretarios a cubrir: un Secretario General para la Cámara de Apelaciones con cuatro Secretarios para las salas de la misma Cámara, 38 Secretarios de Juzgados de Primera Instancia, un Secretario Judicial ante la Fiscalía General y dos Secretarios en especial versación en Derecho Contravencional y de Faltas y un secretario en especial versación en Derecho Administrativo y Tributario.

En la Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas se requirieron dos Secretarios de la Fiscalía de Cámara, un Secretario para cada una de las Secretarías de Atención Ciudadana,

Aprehensión de Identificación de Personas, una Administrativa y un Secretario Coadyuvante, 24 Secretarios para las Fiscalías de Primera Instancia y 16 para las Defensorías de Primera Instancia, y por último un Secretario y un Secretario coadyuvante para la Defensoría General de la Ciudad Autónoma.

La inscripción de los postulantes en total ascendió a 5262, debiéndose cumplir con la preselección de diez postulantes por cargo llamado a concurso por aplicación –como ya se aclaró *ut supra*– del artículo 29 del Reglamento de Concursos aprobado por Resolución N° 4/98 del Plenario del Consejo, con fecha del 23 de diciembre de 1999.

Así se procedió a los concursos 5/99 para jueces de Cámara Contravencional y de Faltas, 6/99 para Jueces de Primera Instancia del mismo fuero, 7/00 para Fiscal General Adjunto y Fiscal ante la Cámara, Fiscal de Primera Instancia del fuero mentado y el 8/00 para Defensor General Adjunto y Defensor de Primera Instancia.

Del concurso 9 al 16 de 1999 los Secretarios Contravencionales.

El criterio del Consejo varió en cuanto se amplió el número de los jurados a cuatro en lugar de uno solo, como ocurre en el Contencioso. Se consideró que eran muchos los cargos que se llamaban y el número de aspirantes que debían ser evaluados.

Estos jurados, vale la pena recordar, por el valioso aporte realizado para construir la Justicia de la Ciudad Autónoma, fueron constituidos mediante un sorteo por ante el Escribano General del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y de conformidad con los ofrecidos por los distintos estamentos. Estos son el Tribunal Superior de Justicia, el Colegio Público de Abogados de la Ciudad, la Legislatura, la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y las diferentes Universidades Privadas con asiento en la Ciudad de Buenos Aires.

Fueron designados jurados para el concurso 5/99 de jueces de la Cámara Contravencional y de Faltas, los Dres. Marisa Graham; Andrés D'Alessio; David Baigún y Horacio Schick; para el 6/99 de Juez de Primera Instancia en el mismo fuero, los Dres. Irmgard Lepenies –quien renunció, por lo que se designó a Lucila Larrandart–, René Inés Nemirovsky, Esteban Righi y Carlos Rosenkrantz; para el concurso 7/00 los Dres. Carlos Negri –quien renunció luego de tomar los escritos, quedando en su lugar el suplente Dr. Luis Lozano– Stella Maris Cerminaro, Rosa

Goscilo y Daniel Sabsay; y para el concurso 8/00, los Dres. Mónica Pinto; Stella Maris Magdaleno; Jorge Michelin y Osvaldo Pitrau.

Finalmente, cumplida la etapa de impugnaciones y antecedentes personales, el Consejo, ya terminando su mandato, cumplió su cometido esencial proponiendo a la Legislatura los candidatos seleccionados para cubrir los diferentes cargos de la Justicia Contravencional y de Faltas, hoy Penal Contravencional y de Faltas.

De esta manera se propuso para Jueces de Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas a los Dres. José Sáez Capel; Marcela Vivian de Langhe; Elizabeth Adriana Marum; Marcelo Pablo Vázquez; Pablo Alberto Bacigalupo; Fernando Bosch; Silvina Andrea Manes; Marta Paz; Daniel Eduardo Rafecas; Jorge Atilio Franza; Sergio Delgado y María Laura Garrigós de Rébori.

Para Fiscales ante la Cámara Contravencional y de Faltas se propuso a la Dra. Sandra Verónica Guagnino y el Dr. Walter Horacio Fernández.

Fueron propuestos para el cargo de Juez en lo Contravencional y de Faltas de Primera Instancia los Dres. María Fernanda Botana; Gonzalo Segundo Rúa; Javier Alejandro Buján; Roberto Javier Cadenas; Graciela Beatriz Dalmas; Gerardo Raúl Taratuto, Alfredo Leonardo Durante; Daniel Antonio Petrone; María Laura Martínez Vega; Carlos Alberto Bentolila; Gabriel Eduardo Vega; Marcelo Gastón Bartumeu Romero; Germán Carlos Garavano; Carla Cavaliere; Guillermo E. H. Morosi; María Gabriela López Iñiguez; Letner Gustavo; Claudia Amanda Alvaro; Fernando Mario Caunedo; Ricardo Félix Baldomar; Javier Aldo Marino; Carlos Horacio Aostri; Germán Camps; Luisa María Escrich; Cristina Beatriz Lara; Gabriela Carmen Zangaro; Norberto Luis Circo; María Alejandra Doti; Natalia Marcel Molina de Harrington, Norberto Ricardo Tavosnanska; Ladislao José Juan Endre, María Cristian Nazar; Santiago Otamendi; Rosa Elena Parrilli; Pablo Gustavo Laufer; María Araceli Martínez; Juan José Cavallari y Susana Beatriz Parada.

En cuanto a los Fiscales de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas fueron propuestos a la Legislatura los siguientes candidatos, Sergio Martín Lapadú; Luis Esteban Duacastella Arbizu; Verónica Natalia Andrade; Daniela Silvia Dupuy; Genoveva Inés Cardinali; Silvina Bruno; Gabriel Esteban Urein; Marcela Alejandra Solano; Ana Dieta de Herrero, Norberto Alejandro Brotto; Federico Andrés Villalba Díaz; Mario Gustavo Galante; María Teresa del Rosario Moya; Adolfo

Bormida; Carlos Andrés Gómez Ríos, Claudia Barcia; Adrián Norberto Martín; María Valeria Massaglia; Elsa Isabel Miranda; Francisco Ángel Carestia; Graciela Navarro; María del Carmen Gioco; Aníbal Oscar Brunet, y Gabriela Inés Morelli.

Finalmente, fueron propuestos para Defensores de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas los Dres. Gustavo Eduardo Aboso; Graciela Edit Otano; Marcela Laura Millán, Javier Esteban de la Fuente; Marcelino Norberto Civitillo; Gerardo Lionel Ghirsfeld; Mariano Luis Bertelotti; Marcela María Amelia Paz; Francisco José Malini Larbeigt; Sandra Marcela Donnini; Antonia Gariglio; Bettina Paula Castorino; Federico Enrique Stolte; Gabriela Marquiegui Mc Loughlin; Emilio Antonio Cappuccio y Patricia Beatriz López.

Sería injusto, frente a la inconmensurable tarea que dieron estos concursos, no mencionar a los que trabajaron, incansablemente y sin topes horarios, a los integrantes en ese tiempo de la Secretaría de Selección a cargo del Dr. Guillermo López Saa, y al jefe de sección Federico Prada, los auxiliares María Laura Ruibal y Félix González Huber. Todos ellos exhibieron notable idoneidad, alta eficacia y prolijidad.

FUNCIONES ADMINISTRATIVAS

Las tareas administrativas que el Consejo realiza son fundamentales para obtener un adecuado servicio de justicia. El constituyente local estableció en cabeza del Consejo estas tareas, permitiendo que exista un órgano que se ocupe pura y exclusivamente de administrar la Justicia, pues es más efectivo y práctico que no esté en cabeza de quienes tienen que ejercer la función jurisdiccional, es decir, de quienes tienen que resolver los conflictos entre particulares o entre el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y los particulares.

El Consejo debe dictar los reglamentos internos del Poder Judicial con excepción de aquellos que le corresponden al Tribunal Superior. Ello en virtud de que el Tribunal Superior de Justicia dicta su reglamento interno, nombra y remueve a sus empleados y proyecta y ejecuta su presupuesto.

Asimismo, le corresponde al Consejo determinar la organización interna y la disposición de recursos del Poder Judicial. De esta ma-

nera, debe proyectar el presupuesto y administrar los recursos que la ley le asigne, excluidos los correspondientes al Tribunal Superior y al Ministerio Público.

En este sentido, es importante la actuación del Consejo a fin de asegurar un funcionamiento efectivo del órgano judicial. Por ejemplo, con la provisión de insumos y tecnología que permiten un servicio de justicia adecuado. Debe agregar la encomiable labor de la escuela judicial en todos los temas de capacitación para el conjunto de los miembros del Poder Judicial, comprendiendo cursos y mesas de debate.

La misión del Consejo, y el objetivo que se proyectó al momento de su creación, fue el acercamiento de la Justicia a la gente, tarea que necesariamente implica una buena administración del Poder Judicial.

En función de eso, existe en la organización del Consejo de la Magistratura actual, la Comisión de Administración, Gestión y Modernización Judicial, que se ocupa no sólo de las tareas previamente mencionadas, sino que también de elaborar propuestas necesarias para la renovación y el progreso del sistema judicial y elaborar políticas tendientes a mejorar la atención al público y el funcionamiento del Poder Judicial. De la misma forma, se ocupa de las contrataciones mediante licitaciones y concursos, según corresponda.

Asimismo, se incorporó la Comisión de Fortalecimiento Institucional, Planificación y Estrategia y Política Judicial encargada de intercambiar experiencias de gestión institucional con otros sectores de la Administración Pública o de administración de justicia en el orden local, nacional e internacional. Así como también la implantación de herramientas e instrumentos de planificación estratégica y las políticas de transferencia de las competencias de la Justicia Nacional a la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, como ha ocurrido en la transferencia de ciertos delitos del Código Penal a la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas en su nueva dimensión.

Las tareas administrativas del Consejo implican además que estos deben, tal como lo establece el artículo 116, reglamentar el nombramiento, la remoción y el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados, previendo un sistema de concursos con intervención de los jueces, en todos los casos, con excepción de los empleados o fun-

cionarios del Tribunal Superior, pues de acuerdo al artículo 114, este tiene la facultad de dictar su reglamento interno, nombrar y remover a sus empleados y proyectar y ejecutar su presupuesto, y tampoco de los empleados del Ministerio Público.¹²

FUNCIONES DISCIPLINARIAS

De acuerdo al artículo 116 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, el Consejo tiene la función de ejercer facultades disciplinarias respecto de los magistrados, lo cual implica recibir denuncias contra los jueces y los integrantes del Ministerio Público y decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados.

Vale hacer una aclaración pertinente. En primer lugar, el Consejo debe recibir las denuncias que se formulen contra magistrados, empleados y funcionarios del Poder Judicial. Sin embargo, se excluye la recepción de denuncias contra aquellos empleados o funcionarios que hayan sido designados por el Tribunal Superior y el Ministerio Público.

En cuanto a los jueces y a los magistrados del Ministerio Público, la Comisión de Disciplina y Acusación debe sustanciar los procedimientos disciplinarios cuando estén presentes algunas de las faltas disciplinarias¹³ determinadas por la ley. Además, debe sustanciar los procedimientos disciplinarios de los funcionarios y empleados del Poder Judicial, como se insiste, con excepción de los empleados del Tribunal Superior y del Ministerio Público.

Sin embargo, es importante realizar una distinción: cuando se está en presencia de alguna falta disciplinaria y se denuncia ante el Consejo

12. El artículo 26 de la Ley N° 1903, Ley Orgánica del Ministerio Público, dispone que la Fiscalía General, la Defensoría General y la Asesoría General Tutelar ejercen el poder disciplinario sobre sus funcionarios y empleados.

13. El artículo 40 de la Ley N° 31 establece que constituyen faltas disciplinarias: 1) Las infracciones a las normas legales y reglamentarias vigentes en materia de incompatibilidades y prohibiciones establecidas para la Magistratura. 2) Las faltas a la consideración y el respeto debido a otros jueces y juezas, o integrantes del Ministerio Público. 3) El trato incorrecto a abogados y abogadas, peritos y peritas, auxiliares de justicia o litigantes. 4) Los actos ofensivos al decoro de la función judicial o que comprometan la dignidad del cargo. 5) El incumplimiento reiterado de las normas procesales y reglamentarias. 6) La inasistencia reiterada a la sede del tribunal. 7) La falta o negligencia en el cumplimiento de sus deberes. 8) El incumplimiento al deber de formación y capacitación permanente.

de la Magistratura, el comité de disciplina y acusación propone al plenario del Consejo algunas de las sanciones determinadas por la ley.¹⁴ Distinto es el caso de la remoción de los magistrados o funcionarios, pues las sanciones son resueltas directamente por el plenario del Consejo a propuesta de la Comisión de Disciplina, pero la remoción de los magistrados le corresponde resolverla al Jurado de Enjuiciamiento según lo establece el artículo 121 de la Constitución local.

El sistema sigue los lineamientos vigentes a nivel nacional, es decir, el Consejo de la Magistratura cumple la función de acusar y el Jurado de Enjuiciamiento juzga.

En efecto el plenario del Consejo acusa ante el Jurado de Enjuiciamiento para que este resuelva sobre la remoción de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público en excepción de los miembros del Tribunal Superior, el Fiscal General, el Defensor General y el Asesor General Tutelar.

De esta manera, la Comisión de Disciplina y Acusación elabora un dictamen para pedir la apertura del procedimiento de remoción –las causales de remoción están establecidas en el artículo 122 de la Constitución local– y el plenario del Consejo decide la apertura atento al dictamen confeccionado por la Comisión.

Es importante resaltar que la suspensión de los magistrados sólo le compete al Jurado de Enjuiciamiento, según lo establece el artículo 123 de este cuerpo legal.

Lógicamente, a fin de asegurar el debido proceso, los procedimientos deben garantizar el derecho de defensa del acusado, tanto para ejercer sanciones como para la remoción.

En resumen, el constituyente estableció en cabeza del Consejo un rol central, respecto de la remoción de los integrantes de la magistratura y del Ministerio Público, pues si bien la decisión final le corresponde al Tribunal de Enjuiciamiento, el Consejo es el encargado de incoar la acción que da inicio al procedimiento.

Tal como se ha expuesto en el artículo en comentario, la Constitución local ha intentado resguardar la independencia del Poder Judicial.

14. El artículo 41 de la citada ley establece: “Las faltas disciplinarias de los/las integrantes de la Magistratura, excluidos/as los/las miembros del Tribunal Superior, por cuestiones vinculadas a la eficaz prestación del servicio de justicia pueden ser sancionados con: 1) Recomendación; 2) Apercibimiento; 3) Multa, por un monto de hasta el 30% de sus haberes”.

En cuanto al Consejo de la Magistratura, se ha tomado el modelo nacional, procurando mejorar los resultados allí obtenidos.

Así lo advirtió el convencional constituyente Dr. Argüello manifestando que

... para este trabajo hemos tenido en cuenta la experiencia de la Convención Constituyente de 1994 intentando eliminar todas las cuestiones que en la práctica constitucional y legislativa posterior demostraron que habían sido insuficientes o por lo menos inadecuadamente reguladas.¹⁵

En definitiva, la intención de evitar la intervención del Poder Ejecutivo y limitar la intromisión de la Legislatura en la selección de los magistrados de los tribunales inferiores y los integrantes del Ministerio Público, pone de manifiesto el fuerte compromiso y el propósito de los constituyentes locales de permitir la autonomía debida y necesaria del Poder Judicial y asegura que quienes sean designados reúnan las capacidades profesionales y técnicas necesarias para el cargo y la función a ocupar.

Queda concluir que quien sea consejero tiene en sus manos decisiones fundamentales, pues la selección de los jueces, evaluando su trayectoria y sus antecedentes, es una tarea que implica gran responsabilidad y comprensión; se debe elegir a la persona capaz de juzgar como la Constitución y la ley lo exigen.

Parece conveniente destacar que el sistema constitucional y la incorporación del Consejo de la Magistratura ayudaron a lograr el modelo de Poder Judicial que la Ciudad necesita, donde los jueces son elegidos por su capacidad y no por sus convicciones políticas.

Además, el hecho de que quede en cabeza del Consejo la resolución de las sanciones para funcionarios, empleados e integrantes del Poder Judicial, y la apertura del procedimiento de remoción de los jueces e integrantes del Ministerio Público, es un incentivo para que estos ejerzan sus funciones de la mejor manera, pues saben que si así no lo hacen, las consecuencias previstas son severas.

El ejercicio de funciones administrativas y disciplinarias en cabeza del Consejo de la Magistratura permitió la libertad del Poder Judicial

15. Intervención del Dr. Jorge M. A. Argüello, 14^a Reunión, 9^a Sesión Ordinaria, 24 de septiembre de 1996, en *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, op. cit., T. 2, p. 964.

y el acercamiento de este con la gente, profundizando la credibilidad hacia el sistema judicial.

Si bien la misión del Consejo se puede resumir en la protección de la función jurisdiccional, todo esto se consigue mediante las facultades que le concedió la Constitución local, en la cual el Consejo de la Magistratura debe actuar como gobierno del Poder Judicial ejerciendo atribuciones que no son estrictamente jurisdiccionales.

Artículo 117

Una ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Legislatura organiza el Consejo de la Magistratura y la integración de los jurados de los concursos. Estos se integran por sorteo en base a listas de expertos confeccionadas por el Tribunal Superior, la Legislatura, los jueces, el órgano que ejerce el control de la matrícula de abogados y las facultades de derecho con asiento en la Ciudad.

La Legislatura porteña dio cumplimiento a la previsión del artículo 117 y sancionó el 28 de mayo de 1998 la Ley N° 31, Orgánica del Consejo de la Magistratura, que organiza el Consejo de la Magistratura, las funciones, la competencia, la composición, los requisitos necesarios para ser representante de la Legislatura para los jueces y para ser representante de los abogados matriculados en la Capital Federal.

La ley en ningún caso limita las atribuciones constitucionales que tiene el Consejo, reguladas en el artículo 116, sino que las amplía y específica, cumplimentando con el artículo 117. Tampoco se entromete, invade o afecta las competencias constitucionales que le corresponden al resto del Poder Judicial, ya sea el Tribunal Superior, la Magistratura o el Ministerio Público.

El artículo 1 determina las funciones concluyendo que la función del Consejo es:

... asegurar su independencia (la del Poder Judicial), garantizar la eficaz prestación del servicio de administración de justicia, promover el óptimo nivel de sus integrantes, y lograr la satisfacción de las demandas sociales sobre la función jurisdiccional del Estado.

El primer artículo es un claro resumen de los objetivos que debe tener el Consejo y de por qué fue incorporado al régimen constitucional de la Ciudad, tal como lo venimos exponiendo en el comentario de los artículos anteriores.

El artículo 117, además, determina la integración de los jurados, cuya designación es por sorteo en base a una lista confeccionada por el Tribunal Superior, la Legislatura, los jueces, el órgano que ejerce el control de la matrícula de abogados y las facultades de Derecho con asiento en la Ciudad. Se demuestra entonces que la Constitución establece una independencia del Consejo de quienes forman parte del jurado. En otras palabras, el Consejo no interviene en la selección del jurado ni en sus integrantes.

La Ley Orgánica del Consejo asegura que la integración del jurado se establezca equitativamente cuando determina, en el artículo 34, que: “El total de integrantes de la lista de expertos/as es de (30) jurados, correspondiendo seis (6) por cada sector indicado por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. Es decir que nuevamente sostiene el equilibrio en la representación de cada sector, de la misma manera que lo hace en la integración del Consejo.

Asimismo y de manera lógica, establece que los miembros del Consejo de la Magistratura no pueden ser miembros del jurado, evitando incompatibilidades en las funciones y asegurando el ejercicio adecuado del jurado y del concurso.

Vale agregar que si bien es la Ley Orgánica la encargada de reglamentar el conjunto de facultades y órganos del Consejo que se comentaron en este trabajo, son aplicables también otras normas que conforman el Derecho Público local,¹⁶ a las cuales, de manera directa o supletoriamente, la actuación del Consejo queda sujeta.

La Ley N° 31 organizó y reguló de manera eficiente el Consejo de la Magistratura. Asimismo, logró establecer los órganos y las distintas comisiones encargadas de llevar adelante la tarea que le fue encomendada al Consejo por esta Constitución.

Podemos resumir que el Consejo de la Magistratura, como gobierno del Poder Judicial, ha logrado establecer claramente la independencia necesaria para ejercer su actividad, que es consustancial a este órgano del poder estatal, y que resulta el adecuado para defender y proteger los derechos de las personas.

16. A modo de enunciación, se encuentra sujeto por ejemplo a las disposiciones de la Ley N° 70 que regula el Sistema de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público de la Ciudad, la Ley de Procedimientos Administrativos de la CABA (Decreto N° 1510/97), en materia de contrataciones y compras la Ley N° 2095, y también la Ley N° 104 que regula el acceso a la información.

Capítulo Cuarto Tribunales de la Ciudad

Artículo 118

Los jueces y juezas son designados por el voto de la mayoría absoluta de la Legislatura, a propuesta del Consejo de la Magistratura. En caso de que la Legislatura rechace al candidato propuesto, el Consejo propone a otro aspirante. La Legislatura no puede rechazar más de un candidato por cada vacante a cubrir. Debe pronunciarse dentro de los sesenta días hábiles, excluido el receso legislativo. Si vencido dicho plazo no se hubiere pronunciado, se considera aprobada la propuesta.

Artículo 119

Los jueces y funcionarios judiciales no pueden ejercer profesión, empleo o comercio, con excepción de la docencia, ni ejecutar acto alguno que comprometa la imparcialidad de sus decisiones.

Artículo 120

La Comisión competente de la Legislatura celebra una audiencia pública con la participación de los propuestos para el tratamiento de los pliegos remitidos por el Consejo. Las sesiones de la Legislatura en las que se preste el acuerdo para la designación de los magistrados son públicas.

DIME QUÉ JUECES TIENES Y TE DIRÉ QUÉ ESTADO DE DERECHO HAY

Por María Soledad Larrea

Ningún pueblo de la tierra ha gozado de libertad mientras no ha tenido asegurada su justicia.

Joaquín V. González

INTRODUCCIÓN

Para el correcto mecanismo de las instituciones y, más aún, de la sociedad en su conjunto, es esencial que se tenga confianza en los jueces en tanto no son sólo quienes dirimen controversias entre los

particulares sino también quienes controlan importantes aspectos de la relación Estado-individuos. En esa línea de pensamiento, y en el marco de la crisis institucional del país –a la cual el Poder Judicial no es ajeno, con descreimientos profundos sobre la idoneidad de los magistrados y severísimas demoras en la tramitación de la causas–, uno de los objetivos declarados de la reforma de la Constitución Nacional en 1994 fue lograr un mecanismo a través del cual se intentara asegurar la idoneidad e independencia de los magistrados y que, a la par, permitiera descomprimir sus tareas a fin de otorgar mayor celeridad a los procesos judiciales.

Con ese objetivo, en consonancia con la tendencia imperante a partir de la segunda mitad del siglo XX en diversos países de Europa y América Latina y contando con antecedentes en algunas provincias, se sanciona el artículo 114 que incorpora a nivel federal la figura del Consejo de la Magistratura. En el diseño constitucional nacional, el Consejo forma parte del Poder Judicial pero no lo encabeza, y aunque delega los detalles en su conformación en el Poder Legislativo (por ley sancionada con mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no sólo de los presentes), establece que debe mantener el equilibrio entre la representación de los órganos políticos, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula. Asimismo, especifica que debe estar integrado por personas del ámbito académico y científico.

Al momento de replicarse la figura en el orden local, el constituyente porteño incorporó algunas diferencias, no poco trascendentales.

En primer lugar, determinó que el Consejo de la Magistratura no sólo integra el Poder Judicial, sino que lo encabeza, junto con el Tribunal Superior de Justicia. Es decir que uno de los poderes locales constaría de dos cabezas, conservando además el Consejo de la Magistratura las potestades residuales (aquellas no reservadas expresamente por la CCABA al TSJ CABA, cfr. artículo 116).

Por otro lado, es importante destacar que la Constitución de la Ciudad no prevé entre los integrantes del Consejo representantes del ámbito académico y científico.

Finalmente, existe un dato de relevancia que suele soslayarse. Ni a nivel nacional ni a nivel local, los textos constitucionales exigen el título de abogado para ejercer las magistraturas de primera y segunda instancia.

Esta es una exigencia sólo prevista para los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

LA DESIGNACIÓN DE MAGISTRADOS

Una de las mayores críticas que se efectúan al Poder Judicial es su falta de “legitimación democrática”. Esto es, ¿por qué los jueces –que no son directamente elegidos por el pueblo– controlan la actuación de los otros poderes que sí fueron elegidos a través del sufragio? Y la clave de esta respuesta es, según mi criterio, esencial. Por ello, es dable exigirles conductas prudentes que no afecten el prestigio de la Justicia (artículo 5, Ley N° 7). Igualmente, es necesario que se acredite que quienes van a tener la función –y también el privilegio– de controlar los actos de un gobierno democrático o dirimir las controversias entre particulares muestren que tienen los conocimientos necesarios para ello.

De esta manera, resulta esencial que quien efectúa el control tenga determinados conocimientos técnicos que permitan que este no quede sujeto a la política partidaria cortoplacista, sino que, en definitiva, se enmarque en las pautas establecidas por el orden jurídico, cuyo sustento esencial son la Constitución Nacional, los tratados internacionales y la CCABA. La tecnicidad con la que es preciso que se ejecute la tarea requiere de quien la ejerza el conocimiento –esencial– de derecho de fondo, pero, además, de los mecanismos procesales vigentes, pues son estos los que deben asegurar la efectiva vigencia de la defensa en juicio (artículo 18 CN) y la igualdad (artículo 16 CN), pilares esenciales de nuestro diseño jurídico institucional. Por otro lado, no es menos cierto que el Poder Judicial también se aleja de la Ciudad cuando brinda respuestas a los conflictos que pueden estar correctamente fundadas en derecho pero devienen injustas o impracticables.

Es decir que, al seleccionar un magistrado, existen dos facetas igualmente importantes: el conocimiento y la vinculación con la realidad. Sobre el punto, la exigencia del título de abogado, si bien no surge del texto de la CCABA, está contenida en la Ley N° 7, al igual que el requisito etario (artículo 10). Empero, no puede soslayarse que son muy distintas las posibilidades de modificación de los requisitos si están contenidas en una ley que si emanan del texto constitucional.

En este sentido, el sistema previsto por los convencionales constituyentes locales se fundaba en una visión clara: “Vamos a tener una Justicia integrada por jueces idóneos pero con un marco de decisión política” –convencional Castells–. Pueden citarse asimismo las palabras de la convencional Garré, que refirió:

... sólo la idoneidad, la capacitación, los antecedentes verificados en un concurso transparente, inobjetable, neutral, con todas las garantías, van a asegurar la imparcialidad y la objetividad de los magistrados que van a surgir de esos concursos.

O las de Enriquez, que sostuvo:

... no hemos establecido una justicia bifronte o bicéfala, sino una absolutamente integrada, pero con un componente de justicia política –esto hay que decirlo sin ningún tipo de rubor– (...). Queremos, en fin, una justicia esencialmente técnica, pero al servicio del hombre y la sociedad...

Es decir, se pretendía dar un sistema en donde la idoneidad técnica fuera evaluada por un jurado a través del régimen de concurso y –ello acreditado– el paso de la valoración política (perfil) viniera de la mano del acuerdo de la Legislatura.

En esta faz de valoración política cabe también ser cauteloso. Si bien es cierto que las personas no son escindibles de su ideología, y que todas las personas poseen una, no puede perderse de vista que el artículo 14 de la Ley N° 7 establece entre las incompatibilidades para ejercer la magistratura la actividad político-partidaria. Ello con el fin de garantizar la imparcialidad de las decisiones.

El procedimiento en el ámbito del Consejo

La reglamentación del régimen de concurso permite cierta flexibilidad para buscar perfiles de magistrados. La ponderación de cuál es el perfil adecuado, claramente es discrecional, política y debatible. Pero también lo era la inexistencia de debate, como ocurría con el mecanismo anterior a la reforma constitucional a nivel nacional y a la sanción de la Constitución que aquí comentamos.

Ahora bien, el reglamento de concurso para la selección de magistrados fue variando a lo largo del tiempo.

En una primera etapa, la reglamentación establecía que los participantes eran preseleccionados por sus antecedentes y, luego, califica-

dos por un jurado en prueba de oposición oral y escrita. Ya emitidas las notas por el jurado, los participantes tenían una entrevista pública con los integrantes de la Comisión de Selección en orden a lo dispuesto por el artículo 40 (actual artículo 49) de la Ley N° 31. Tras ello, dicha Comisión emitía dictamen sobre cada participante y elevaba a consideración del plenario el orden de mérito provisorio, pero sin modificar la calificación dada por el jurado. Es decir, el criterio del jurado (ponderación técnica) no era alterado por la Comisión de Selección, sino que, en todo caso, esta dejaba a salvo su opinión si advertía algún aspecto desfavorable. De esta manera, disponía que

Al finalizar las entrevistas, los miembros de la Comisión deliberan y labran un acta, en la que debe constar la opinión que les merezca la aptitud de cada entrevistado para el cargo concursado y la procedencia o improcedencia de las impugnaciones. Formulan, sobre esa base, una propuesta de orden de mérito.

Tengo para mí que era este el sistema que más se ajustaba a la voluntad del constituyente, en donde claramente se separaba la faz técnica del concurso –no menor, y llevada a cabo como función esencial del Consejo– de la faz de evaluación política, a cargo de la Legislatura. Paralelamente, es dable señalar que el reglamento vigente a nivel Nacional (aprobado por Resolución N° 4/2014 del Consejo de la Magistratura de la Nación) aclara específicamente que el dictamen de la Comisión de Selección tiene carácter de “simple recomendación” al Plenario (artículo 44), el cual, para apartarse del orden de mérito, deberá fundarlo adecuadamente.

Sin embargo, en la Ciudad, en 2008, a través de la Resolución N° 873/2008, el Consejo de la Magistratura varió en este aspecto el Reglamento para la Selección de Magistrados y asignó a la Comisión de Selección la facultad de otorgar un puntaje a la entrevista, el cual pasaría a integrar la calificación final. La modificación resultó trascendente, pues implicó que un 20% de la calificación dependiera no ya del jurado sino del juicio discrecional de los integrantes de la mentada Comisión (consejeros). Estimo que así se produjo una modificación en el eje del sistema. La ponderación del “perfil” del futuro magistrado (faz política del proceso de selección) ha dejado de estar exclusivamente en cabeza

de la Legislatura. Ahora es ejercida, en parte, por la Comisión de Selección (siquiera por el plenario).

Debe repararse, además, que como el sistema es reglamentado por el mismo Consejo, nada impediría que a futuro varíe y se incremente el porcentaje de incidencia de la calificación de la Comisión de Selección sobre la calificación final.

Máxime considerando que recae también sobre los integrantes de la Comisión de Selección la calificación de los antecedentes, que constituyen el 30% del total. Aunque en este aspecto el reglamento contempla topes para cada tipo de antecedente y prevé criterios de valoración, lo cierto es que también se genera un amplio margen de discrecionalidad, pues en general se establecen los máximos pero no los mínimos.

De esta manera, se verifica que el 50% de la calificación a través de la cual se conforma el orden de mérito está fuera del alcance del jurado de expertos y en manos de tres consejeros que no deben reunir como requisito versación especial sobre la disciplina jurídica.

Para completar el cuadro de situación, en el procedimiento actual, queda en manos del jurado de expertos sólo la calificación del examen escrito, que podrá dar hasta 50 puntos de los 100 totales, pero cuya impugnación es resuelta por el plenario, previo dictamen de la Comisión de Selección.

Por ende, si el jurado califica con 25 puntos el examen oral (mínimo para aprobar), el resto del puntaje (antecedentes y entrevista personal, que pueden conformar hasta 50 puntos), queda en manos de la Comisión de Selección.

Podemos preguntarnos, entonces, si el reglamento vigente –que, en este aspecto, se mantiene (Resolución CM N° 23/2015)– se ajusta a la voluntad del constituyente y del legislador local (Ley N° 7 y Ley N° 31).

La situación descrita fue objeto de crítica también por las ONG “Concursos Transparentes” y ACIJ, quienes en 2013 emitieron un informe sobre el punto, sosteniendo que

A su vez, el Reglamento extiende este ámbito de discreción al establecer en el mismo artículo que “La Comisión, podrá evaluar a los Concursantes optando por todas o algunas de las pautas referidas precedentemente, lo cual permite un trato desigual entre los concursantes, que si bien se podría encontrar justificación en el hecho de que los antecedentes de los distintos concursantes podrían ameri-

tar distintos enfoques de parte de los entrevistadores, el margen de discrecionalidad con los niveles actuales de desregulación permite el ejercicio abusivo de estas facultades. Al llevar el Reglamento a la práctica y calificar las entrevistas personales, el margen de discrecionalidad aumentó aún más, y se materializó la posibilidad de asignar calificaciones de manera (prácticamente) arbitraria, en tanto los Consejeros optaron por utilizar fórmulas genéricas y pre-establecidas para la asignación de puntajes. Es necesario aclarar que en ningún caso se fundamentó por qué se colocó a cada Concurstante en la franja en la cual se lo colocó. Estas categorías fueron aplicadas sin fundamentar las distinciones...”.¹

Por tal motivo, el informe citado concluye recomendando:

Reducir significativamente la cantidad de puntos que se asigna a partir de la calificación de la entrevista personal, y evaluar la posibilidad de incluir un artículo detallado que prevea la exclusión de aquellos concursantes que muestren una clara falta de vocación democrática o respeto por los derechos humanos. La exclusión debería estar limitada a estas 2 causales, y fundada en hechos probados o expresiones inequívocas del concursante en el marco de la entrevista [y] Establecer criterios de calificación detallados, desagregados, y públicos...

La posibilidad de que la Comisión de Selección tenga injerencia directa en el proceso de selección de los magistrados, pudiendo alterar con el puntaje que asigna el orden de mérito provisorio resultante de los exámenes, es aún más preocupante si se repara en el hecho de que, en la Ciudad, no se requiere tener especial versación académica o científica para ocupar el cargo de consejero. De hecho, no se requiere siquiera ser abogado, pues los representantes de la Legislatura pueden ser elegidos entre legos que tengan una “especial idoneidad” (no definida). A nivel nacional, si bien ocurre algo similar, lo cierto es que los consejeros –como ya lo dijera– no intervienen en forma directa en la elaboración del orden de mérito.

Podría cuestionarse si es legítima esta intervención de los consejeros en el orden de mérito, pues la reglamentación dictada por el Consejo debe adecuarse a la ley, y en particular la Ley N° 31 establece que no puede ejer-

1. Disponible en: <http://concursostransparentes.acij.org.ar/wp-content/uploads/2013/05/Selecci%C3%B3n-de-Magistrados.pdf>

cerse en forma simultánea el cargo de consejero y jurado. Por ende, y aún cuando no reciba ese nombre, es dable preguntarse si el consejero que asigna hasta un 50% de la calificación con la que se conforma el orden de mérito, pudiendo además modificar la calificación del examen oral, no estaría de hecho actuando como jurado y, en consecuencia, vulnerándose por vía reglamentaria la incompatibilidad legalmente establecida.

Otra cuestión a considerar es la forma en que se integran los jurados. En este sentido, el reglamento es claro y preciso, detallando que es por sorteo entre los candidatos que surjan de las listas previamente remitidas por el Tribunal Superior de Justicia, la Legislatura de la Ciudad, el Colegio Público de Abogados, las facultades de Derecho con asiento en la Ciudad y los integrantes de la Magistratura. Es decir, a partir de estas listas el Consejo de la Magistratura realiza un primer sorteo teniendo en cuenta la especialidad y el género de los expertos, y confecciona una nueva lista de seis expertos por cada estamento, para cada tipo de concurso. Una vez confeccionada la lista de expertos se lleva a cabo una nueva serie de sorteos –dos por cada estamento, del que participan exclusivamente los candidatos que quedaron preseleccionados por el primer sorteo– determinándose el titular y suplente correspondiente a cada estamento para cada concurso en particular. A pesar de que el mecanismo es claro y transparente, cabe hacer alguna observación. El reglamento no prevé la posibilidad de impugnar o efectuar observaciones a los listados de candidatos a jurados. Por ende, si verificara que se incluyó a una persona que no tuviera las cualidades para ser considerada “experta” (por caso, conocimientos específicos de la materia sobre la que versará el concurso, experiencia profesional o académica, etc.), no existiría la posibilidad de excluirla excepto que se configurara, además, alguna de las causales previstas por el Código Contencioso Administrativo y Tributario para que proceda la excusación o recusación.

Convocado el concurso y seleccionado el jurado, comienza el proceso en el que cada uno de los concursantes adjunta la documentación respaldatoria de sus antecedentes, que –como se anticipara– será luego evaluada por los consejeros integrantes de la Comisión de Selección, quienes deberán emitir dictamen fundado sobre cada concursante. La calificación de los antecedentes puede conformar hasta el 30% de la nota final.

Por su parte, los integrantes del jurado de expertos presentarán 5 propuestas de examen, de hasta dos casos cada una (no se hace refe-

rencia alguna a la inclusión o exclusión de preguntas de tipo teórico, que con anterioridad eran efectuadas en el paso de la examinación oral, ahora ausente), entre las cuales se sorteará una el día del examen.

Luego de la identificación que se efectúe en acto público, la calificación que asigne el jurado a cada uno de los exámenes (hasta entonces, anónimos) podrá ser impugnada, resolviendo el Plenario del Consejo, previo dictamen de la Comisión de Selección.

Resueltas las impugnaciones, procede el examen de aptitud psicofísica, que tendrá carácter confidencial y sólo tomará estado público si a criterio del Consejo (no se especifica si del Plenario o la Comisión de Selección) constituyere un óbice a la designación.

Con el resultado final del examen oral, la calificación de antecedentes y el puntaje obtenido en la entrevista personal, se elabora un orden de mérito provisorio que es elevado al Plenario del Consejo junto con las impugnaciones que existieren, tras lo cual el pleno del Consejo aprueba el orden de mérito definitivo, remitiéndose la propuesta a la Legislatura.

Procedimiento en el ámbito de la Legislatura

La faz de intervención política en el proceso de designación de magistrados comienza –con las salvedades a las que se aludiera en el apartado anterior– cuando el pleno del Consejo de la Magistratura aprueba el orden de mérito definitivo y –firme la decisión– la remite al cuerpo deliberativo, quien podrá aprobar el pliego, rechazarlo con expresión de causa o rechazarlo sin expresión de causa, pero en este caso, por una sola vez por cargo a cubrir (artículo 9, Ley N° 7).

Allí, la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control evaluará los antecedentes remitidos y convocará a audiencia pública, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 6.

Como lo sostuvo el Dr. Maier, “la realización de una audiencia pública como requisito formal previo a la decisión del órgano legislativo” consiste “en la exigencia de una mayor transparencia en la discusión de las condiciones del candidato”. Además, sostuvo:

... que el Derecho Constitucional comparado no desconoce este tipo de audiencias, y no las contempla tan sólo para exponer objeciones, sino, antes bien, para que quienes deben votar para admitir o rechazar al candidato se formen sobre él una idea previa acerca de variadas cuestiones políticas, históricas o futuras, y de personalidad: ello, de alguna

manera, condicionará su voto positivo o negativo, pero ese voto nunca significará por sí mismo –esto es, por su resultado– un motivo de deshonra específico para el candidato...²

La convocatoria deberá efectuarse por dos días en por lo menos tres de los diarios de mayor circulación. Vencido el plazo de publicidad, comienza a correr el plazo de cinco días para presentar las impugnaciones a los candidatos, por escrito y fundadas, si existieren. Va de suyo que para ello la Legislatura debe poner a disposición de la ciudadanía los antecedentes de los candidatos.

Si se presentaren impugnaciones, estas serán analizadas por la Junta de Ética y la Comisión de Asesoramiento Permanente, encargadas de desestimar aquellas que resultaren verosímilmente carentes de sustento o formalmente inadmisibles. De aquellas que resulten admitidas, se dará vista a los impugnados a fin de que efectúen su descargo. Al momento de celebrarse la audiencia pública, se considera participantes a los legisladores, los candidatos, los impugnantes admitidos y el Defensor del Pueblo.

Tras la audiencia, la Junta de Ética y las Comisiones involucradas producirán un dictamen que será remitido al pleno del cuerpo deliberativo, para que –en sesión pública y por mayoría absoluta– aprueben o rechacen al candidato. No puede perderse de vista que más allá de estas prescripciones, el sistema de la CCABA no requiere de impugnación para el rechazo legislativo, ni impediría que un candidato impugnado sea nombrado juez.

Como se sostuvo más arriba, el objetivo de la audiencia pública es coadyuvar a formar la convicción en el cuerpo legislativo acerca de la idoneidad (política, en esta instancia) de una persona para ocupar un cargo. Por ello, no puede alegarse que la decisión de no dar acuerdo a un candidato con un proceso penal pendiente (aunque sin condena), vulnere la presunción de inocencia que lo asiste.

El candidato no tiene ningún “derecho de propiedad” ni derecho adquirido –extraño derecho aquel subordinado a un hecho futuro y aleatorio, dependiente de la voluntad de otro poder–, y menos aún puede

2. TSJ CABA, sentencia registrada en los expedientes N° 1066/01, N° 1077/01 y N° 1077/01 (acumulados), “Spisso, Rodolfo R. c/GCBA (Legislatura) s/amparo”, reiterados en el Expte. N° 1866/02, sentencia del 27/11/02.

considerar “precluidas” las etapas cumplidas en un procedimiento que exige la decisión soberana de un órgano constitucional.³

Es que no basta con saber derecho y no ser delincuente para convertirse en juez. Como conciliador y controlador de conductas (públicas privadas) la sociedad reclama para el juez un plus que se califica como “político” porque es indeterminado, pero ciertamente exigible y que justamente no debe identificarse con la política partidaria ni, menos aún, con la militancia, expresamente vedada para los magistrados (artículo 14, Ley N° 7).

Otra cuestión a tener en cuenta en el marco del procedimiento ante la Legislatura, es el plazo de sesenta días hábiles (excluido el receso legislativo) con el cual cuenta para llevar adelante la tramitación referida. La actual redacción del último párrafo del artículo 9 de la Ley N° 7 es clara al establecer que el plazo comienza a computarse desde la fecha de recepción del pliego.

Sin embargo, en 2002, a través de la Ley N° 935, la Legislatura ensayó una interpretación diferente, agregando que la apertura del procedimiento establecido en la Ley N° 6 (es decir, la audiencia pública) interrumpía el plazo consagrado por el artículo 118 CCABA para que el cuerpo se pronunciara. Esta reglamentación fue declarada inconstitucional por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en el marco de las prerrogativas que le confiere el artículo 113 inciso 2 de la CCABA.⁴ Para ello, tuvo en consideración, en primer término, que la redacción dada por el constituyente al artículo 118 era lo suficientemente precisa, sin que diera lugar a necesidad de reglamentación o aclaración alguna (cláusula cerrada) y, luego, que la regulación dispuesta por la Legislatura importaba extender casi a un año el plazo establecido para dar acuerdo o denegarlo, o que se produjera la confirmación ficta.

Aunque el criterio plasmado por la mayoría es sustancialmente correcto, queda sin respuesta un supuesto a cuyo análisis se avocó el Dr. Maier en su disidencia. ¿Qué ocurriría si la Legislatura omite convocar a audiencia pública, dejando simplemente transcurrir el plazo para la aprobación ficta? Claramente este supuesto importaría una

3. *Ibíd.*, voto del Dr. Maier.

4. TSJ CABA *in re* “Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. N° 2671/2003, sentencia del 20/10/2004.

vulneración al artículo 120 CCABA, que establece como exigencia su celebración. Sin embargo, ¿cuál sería la sanción? ¿La nulidad de la designación? ¿Quién juzga la conducta omisiva del cuerpo legislativo cuando ello ocasionaría la nulidad de la actividad llevada a cabo por un órgano de otro poder del Estado (Consejo de la Magistratura)? ¿Quién sería el legitimado para invocarla o bien para exigir la celebración de la misma? Lo cierto es que estos interrogantes –que por fortuna sólo se han presentado como hipótesis hasta la fecha– no encuentran respuesta en la solución dada por el TSJ CABA.

INCOMPATIBILIDADES

A través de las incompatibilidades establecidas en el artículo 119 de la CCABA, se busca un reaseguro a la independencia e imparcialidad judicial, la que puede verse comprometida por intereses de índole política o económica.

Supone, por un lado, evitar “la utilización de potestades públicas para intereses particulares”,⁵ pero también, como refiere Gelli:

... las exigencias éticas a los jueces son mayores que las reclamadas a los demás funcionarios, y ello, lejos de implicar una carga desmedida o una violación del principio de igualdad, implica un reconocimiento a la alta tarea de juzgar. Es, más que un peso, un honor adicional...⁶

Por la propia función, pero particularmente por la necesidad de la sociedad de recuperar la confianza en las instituciones y –particularmente– en la Justicia, la vara que debe establecerse para los magistrados debe ser más alta que para la media. Ello no implica bajo ningún punto de vista introducirse en su vida privada, pero sí que la conducta de un magistrado debe ser decorosa y prudente.

Ahora bien, la redacción dada por el constituyente al artículo no es cerrada, quedando eventualmente a cargo del criterio del “Jury” pertinente cuáles serían las conductas que podrían afectar esa imparciali-

5. González Pérez, Jesús, *La Ética en la Administración Pública*, Madrid, Civitas, 2° ed., 2000, p. 63.

6. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 4° ed., 2015, T. II, p. 459.

dad. Por otro lado, y aunque esté vedado el ejercicio del comercio, se ha admitido que los magistrados formen parte de sociedades anónimas.

Deberán también considerarse las incompatibilidades previstas en el artículo 14 de la Ley N° 7⁷ y en el artículo 7 de la Ley N° 4895 de Ética Pública.⁸

En lo que respecta a la actividad política partidaria, queda claro que no se trata de evitar que el juez –como cualquier ciudadano– tenga una ideología política. Sin embargo, lo que no debe verificarse es que esta ideología sea plasmada en la resolución de los expedientes. En otras palabras, que las sentencias reflejen la adaptación de la ley al caso concreto, pero con objetividad. No es admisible que la interpretación legal que se plasme en el acto jurisdiccional se efectúe en virtud de la conveniencia política partidaria del momento.

No obstante, esta cuestión está siendo actualmente objeto de diferentes análisis, pues existe una corriente que está admitiendo (e incluso promoviendo) una “Justicia militante”. Empero, y sin entrar a considerar la conveniencia o no de estas posturas, lo cierto es que actualmente está vigente en la Ciudad la prohibición establecida por la referida Ley N° 7.

7. “Es incompatible la magistratura con la actividad política partidaria, el ejercicio del comercio, la realización de cualquier actividad profesional, salvo cuando se trate de la defensa de los intereses personales, del cónyuge o conviviente, de los padres y de los hijos/as, y el desempeño de empleos públicos o privados, excepto la comisión de estudios de carácter honorario. Los magistrados/as y funcionarios/as judiciales pueden ejercer, exclusivamente, la docencia”.

8. “Existe incompatibilidad para los sujetos mencionados en el artículo 6 para el ejercicio de la función pública y: a) Dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por este, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades; b) Realizar por sí o por cuenta de terceros gestiones tendientes a obtener el otorgamiento de una concesión, adjudicación en la administración pública de la Ciudad o sus Comunas; c) Ser proveedor por sí o por terceros del organismo de la Ciudad donde desempeñe sus funciones; d) Mantener relaciones contractuales con entidades directamente fiscalizadas por el organismo en que se encuentre prestando funciones; e) Patrocinar trámites o gestiones administrativas referentes a asuntos de terceros que se vinculen con sus funciones; y f) Representar, patrocinar a litigantes o intervenir en gestiones judiciales o extrajudiciales contra la Ciudad, salvo en causa propia”.

COLOFÓN

A modo de conclusión, es dable sostener que la incorporación de la figura del Consejo de la Magistratura con los propósitos plasmados constituiría un avance para nuestras instituciones si luego estas no fueran desvirtuadas por las reglamentaciones producto de aquellos que integran circunstancialmente el organismo con objetivos personales o partidarios, pero alejados de la voluntad de dotar a los magistrados de la independencia y aptitud necesarias. Una vez más vivimos, como es frecuente en la historia de nuestro país, con la desviación de los fines institucionales, convalidada por el acuerdo de las fuerzas políticas mayoritarias. Lamentablemente, no se afianza de esta manera la seguridad jurídica ni la paz social, pues continúa el fenómeno de la desconfianza de los ciudadanos a la judicatura, abonada además por un sistema de remoción de magistrados que tampoco se verifica como satisfactorio, imparcial y objetivo.

Por lo expuesto en los párrafos precedentes, estimo que la reglamentación dictada por el Consejo de la Magistratura desvirtuó en los hechos aquellos firmes y loables propósitos perseguidos por los constituyentes porteños. En la actualidad, no se ha brindado una adecuada solución al tradicional dilema “¿quién controla al que controla?”. Más bien parece que ahora la pregunta sólo varió a “¿quién elige al que controla?”, manteniéndose una fuerte aunque solapada injerencia política en la decisión, que era justamente lo que se pretendía evitar.

No obstante, y aún cuando no pueda concluirse en la absoluta transparencia del mecanismo de designación, sí puede válidamente sostenerse que otorga mayores herramientas en punto a acreditar que aquellas personas que ocupan la magistratura reúnen cuanto menos los conocimientos necesarios para desempeñar eficazmente su función.

Desde la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), organizaciones firmantes consideraron que

... es preocupante que se designe a personas que carecen de sólidos antecedentes y tienen fuertes compromisos partidarios. Contando la Ciudad con personas que reúnen sobradamente las condiciones de idoneidad e independencia que exigen dichos cargos, la promoción de candidatos sobre la base de criterios de afinidad partidaria resulta inaceptable. La designación de este tipo de cargos tiene un impacto

de varios años en el funcionamiento del sistema de control y de protección de derechos de la Ciudad. El nombramiento de funcionarios en base a criterios desacertados pone en riesgo la capacidad de dichos organismos para cumplir con su misión institucional.⁹

Por parte de los magistrados, se trata de considerar el ejercicio de la magistratura como un “honor” que la sociedad confiere, no un mero trabajo, mucho menos una beca. Las demoras injustificadas, el no encontrar –no en forma ocasional, sino reiteradamente– a los magistrados en sus lugares de trabajo y poder acceder a ellos, los fallos dogmáticos pero impracticables, son prácticas que aisladamente podrían no tener importancia, pero que en la acumulación generan una sensación en la sociedad de distancia entre los ciudadanos y los jueces.

Todo ello requiere un esfuerzo extra por parte de ambos sectores, el político y el de los magistrados, que por comodidad (en el mejor de los casos) también se avienen en muchos casos a admitir la distorsión de roles y finalidades.

Me permito incluir en este comentario una cita, que asumo como deseo personal y aspiraría a que se convirtiera en objetivo colectivo: “En el imaginario del político, los espacios por ocupar son infinitos; entonces hay que poner vallas para que ciertos espacios queden preservados de ese apetito y queden salvaguardados por el principio de la idoneidad...”¹⁰

La Justicia de la Ciudad es, con sus incipientes veinte años, joven. Puede entonces evitar la consolidación de prácticas no deseadas, todavía está a tiempo. Puede corregir los errores. Puede también recuperar sus objetivos iniciales de ser un poder independiente, moderado y –escencialmente– eficaz.

Lo importante es no olvidar que en la actuación del Poder Judicial descansa la confianza de los ciudadanos en las instituciones pues, como suele sostener el Dr. Gauna, los jueces son la última valla que tiene el poder. Defendamos, entonces, el último bastión.

9. Disponible en: <https://concursostransparentes.wordpress.com/2013/11/20/ongs-impugnaron-candidaturas-al-ministerio-publico/>

10. Vanossi, Jorge Reinaldo, *Estado de Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 4° ed., 2008, p. 653.

Capítulo Quinto

Jurado de Enjuiciamiento

Artículo 121

Los jueces son removidos por un Jurado de Enjuiciamiento integrado por nueve miembros de los cuales tres son legisladores, tres abogados y tres jueces, siendo uno de ellos miembro del Tribunal Superior y Presidente del Jurado. Son seleccionados por sorteo de una lista de veinticuatro miembros:

1. Seis jueces, elegidos por sus pares, mediante el sistema de representación proporcional.
2. Dos miembros del Tribunal Superior designados por el mismo.
3. Ocho abogados, elegidos por sus pares, con domicilio electoral y matrícula en la Ciudad, mediante el sistema de representación proporcional.
4. Ocho legisladores, elegidos por la Legislatura, con el voto de los dos tercios del total de sus miembros.

Duran en sus cargos cuatro años, a excepción de los legisladores que permanecen hasta la finalización de sus mandatos.

Artículo 122

Las causas de remoción son: comisión de delitos dolosos, mal desempeño, negligencia grave, morosidad en el ejercicio de sus funciones, desconocimiento inexcusable del derecho e inhabilidad física o psíquica.

Artículo 123

El procedimiento garantiza debidamente el derecho de defensa del acusado y es instado por el Consejo de la Magistratura, que formula la acusación en el término de sesenta días contados a partir de la recepción de la denuncia. Sólo el jurado tiene facultades para suspender preventivamente al acusado en sus funciones, debiendo dictarse el fallo en el plazo de noventa días a partir de la acusación. Si no se cumpliera con los plazos previstos, se ordenará archivar el expediente sin que sea posible iniciar un nuevo procedimiento por las mismas causales.

Si durante la sustanciación del procedimiento venciere el término del mandato de los miembros del jurado, estos continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta la conclusión definitiva del mismo.

Los jueces sólo podrán ser removidos si la decisión contare con el voto de, al menos, cinco de los integrantes del jurado. El fallo será irrecurrible

salvo los casos de manifiesta arbitrariedad y sólo tendrá por efecto destituir al magistrado, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiere corresponderle.

JURADO DE ENJUICIAMIENTO: FUNCIÓN E INTEGRACIÓN, CAUSALES Y PROCEDIMIENTO DE REMOCIÓN

Por Alberto Spota

El articulado bajo comentario prescribe lo concerniente al quehacer competencial del Jurado de Enjuiciamiento de magistrados, órgano llamado por imperio constitucional a conocer de las acusaciones que le sean elevadas por el Consejo de la Magistratura en base a los artículos 115 y 116 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA). Da cuenta de un conglomerado de cuestiones adjetivas y sustantivas, factibles de ser deslindadas. Las primeras conciernen tanto a su integración como así también a las formalidades cuya observancia se exige para motorizar su funcionamiento. Tales aspectos no presentan mayor desafío interpretativo ni revisten complejidad exegética alguna, por lo que permiten un abordaje literal, siendo ocioso explayarse sobre el particular. Alcanza con remitirse al texto para dar cuenta de la cuestión, resaltando por su importancia, so riesgo de redundancia, que sólo el Jurado tiene facultades para suspender preventivamente al acusado en sus funciones, y debe dictar el fallo dentro de los noventa días contados a partir de la acusación formulada por el Consejo remarcando también que, de incumplirse el plazo previsto, se ordenará el archivo de las actuaciones sin que resulte posible iniciar un nuevo procedimiento por las mismas causales.

En términos de política legislativa, el texto fundamental porteño supera con creces al federal, por cuanto, lejos de derivar la integración del Jurado al maleable criterio de la autoridad legislativa, sella a escala constitucional todo debate, plasmando así una configuración que garantiza de modo más acabado su funcionalidad, dando muestras de un equilibrio cierto y real entre los distintos estamentos llamados a integrarlo.

Empero, la cuestión cobra mayor interés en lo tocante a la remoción en sí, en cuanto respecta a su mérito y eventual revisión judicial. Si bien aquí el articulado también se muestra como diáfano, no por ello deja de proponer varias aristas de sumo interés a la luz de la teoría y la praxis constitucional. A saber:

El desempeño de la magistratura judicial va revestido de ciertas y puntuales garantías de corte institucional en aras de apuntalar su independencia, entre las que se destaca, en la especie, la de inamovilidad. Tamaña prerrogativa, consagrada expresamente por el artículo 110 de la CCABA, no constituye un privilegio personal írrito a la pauta de igualdad por cuanto, lejos de ser un atributo de la persona que ejerce el cargo, reposa sobre la función pública, siendo establecida en aras coadyuvar al mejor despliegue de los cometidos institucionales que al órgano judicial le son confiados. La garantía se entrama profusamente con la labor judicial y su objeto consiste en protegerla contra los avances, excesos o abusos de otros poderes, en beneficio de los justiciables y, en definitiva, de la Nación toda.

No es de obviar que la magistratura se realiza en función del interés general ni que sus garantías explícitas tienen fundamento en “el principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”; de modo que toda injerencia sobre la independencia del Poder Judicial –como sería la abducción de las garantías de la inamovilidad o de la intangibilidad de las remuneraciones– importa una agresión a la Constitución, pasible –como tal– de ser repelida (ver Fallos: 320:1931, voto del Dr. Carlos Fayt). Dicho privilegio, sin duda, persigue la independencia del Poder Judicial, requisito inherente a todo Estado constitucional de Derecho que se precie de tal.

En el ámbito del Derecho comparado y como atributo institucional de la magistratura judicial, la inamovilidad proviene del derecho anglosajón, por cuanto, habiéndose generado con el Acta de Establecimiento (1701), fue luego incorporada a la Constitución estadounidense (artículo III, sección 1), de donde ha sido importada ya desde los albores del constitucionalismo autóctono, tal como lo acreditan los textos constitucionales de 1819 (artículos VIII y CII) y 1826 (artículos 19 y 115). Los artículos 41 y 91 de la Constitución de 1853 procedieron en consecuencia, sin mengua de la modificación que el reformador de 1860 a

aquel le imprimiera (artículo 96); cuestión sobre la que volviera de modo infructuoso el Constituyente de 1994, a juzgar por la nulificación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le imprimiera en Fallos: 322:1612 al tercer párrafo del cuarto inciso del artículo 99 de la Constitución Nacional (CN).

La inamovilidad importa una garantía constitucional reservada para ciertos puestos públicos. En cuanto a lo que al Poder Judicial atañe, adquiere una importancia superlativa; máxime cuando se considera la suerte y manera en que se da el control de constitucionalidad en nuestro esquema legal. Siendo que los tribunales de justicia ofician cual árbitro último y definitivo en todo pleito donde se impugne una norma por inconstitucionalidad y dado que en tales controversias se ventilan cuestiones susceptibles de comprometer los intereses de los demás poderes del Estado, la inamovilidad importa garantía notable para el judiciable a fin de procurar la imparcialidad de la decisión y en aras de “afianzar la justicia”.

Bajo esta consigna, se inhibe la remoción siempre que el magistrado observe buena conducta. De más está decir que la inamovilidad de los magistrados bien entendida comprende el grado y la sede, lo que impide que sean trasladados o ascendidos sin su consentimiento y suspendidos en el ejercicio de su cargo salvo que, tal como acaece en el articulado bajo análisis, la misma Constitución lo contemple.

De allí que la inamovilidad sólo ceda ante la concurrencia de ciertas y determinadas causales, prefiguradas por ley y acreditadas ante la autoridad de aplicación (Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento, en la especie). Tal pauta configura una respuesta de eficacia tendiente a compatibilizar la independencia del Poder Judicial sin llegar al absurdo de exonerarlo de toda responsabilidad política, lo que sería irrito al Estado de Derecho. Así, la comisión de conducta vedada importa el límite ante el que, de activarse el control institucional, cede la inamovilidad, en aras de tornar operativa la responsabilidad política y depurar al Poder Judicial de quien no resulte idóneo. Lo contrario significaría marginar a cuanto juez exista de todo reproche político y legal, lo que sería tan inconciliable con la letra del texto supremo como proveer un Poder Judicial que, carente de inamovilidad, adolezca de una tendencia ínsita a inclinarse en provecho de los intereses de quien

sobre ella se encuentre en condiciones de incidir, en agravio a la imparcialidad que debe guiar todo proceso.

Siendo que la inamovilidad proviene de la Constitución, mal puede una norma distinta configurar causal de remoción alguna sin menoscabar su supremacía. En su defecto, se permitiría el dislate de atribuirles a los poderes constituidos la facultad de retacear, a discreción, tan vital garantía, pudiendo incluso reducirla a letra muerta. Atento a elementales razones de prelación normativa, excede la competencia de todo poder constituido inmiscuirse en el particular, al punto de alterar –ya sea por exceso o defecto– las causales de remoción provistas por el constituyente, que no son sino fijas, taxativas e inalterables.

El artículo 123 de la CCABA está compuesto por una redacción meticulosa que detalla, precisa y define –de manera más feliz que su análoga federal– las causales de remoción. Supera incluso al texto supremo al zanjar el debate en torno a la viabilidad de censurar la suerte y manera en que la jurisdicción resulte ejercida; es decir la capacidad de seleccionar e interpretar el derecho materia de aplicación en punto a la resolución del caso que al Poder Judicial se le presente. Sienta en consecuencia el principio rector por el que tal quehacer deviene inmune de responsabilidad, salvo que degenera en desconocimiento inexcusable del derecho, lo que permite a las autoridades de aplicación adentrarse en el “contenido de la sentencia” a fin de evaluar el desempeño judicial.

La Constitución exige –como condición de remoción– la concurrencia de determinados extremos, ya sean de índole jurídica o de matriz fáctica. Sobre tal aserto corresponde formular una digresión, que gira sobre dos ejes conceptuales. El primero atañe a la fijación normativa de los pliegues y contornos ante los que se configure la comisión de causal alguna cuya incursión traiga aparejada, por añadidura, remoción. El segundo importa a la capacidad decisoria de la autoridad llamada a dilucidar al respecto de su comportamiento, en torno a aplicar al caso concreto la norma constitucional, tornando incluso operativa –de reunirse los extremos de ley– la sanción legal.

Aquella función queda reservada al constituyente. Implica un ejercicio de competencias –de índole normativa– de modo abstracto, con pretensiones de universalidad y generalidad. La restante, en tanto convoca a la autoridad de aplicación, no procede sino en el marco de una causa

concreta sustanciada en los términos de ley, acusación mediante. El procedimiento de remoción es de la incumbencia de dos autoridades, claramente distinguidas y distinguibles en cuanto a sus funciones: al Consejo de la Magistratura se le atribuye la acción, por lo que insta la acusación, y al Jurado de Enjuiciamiento le corresponde su juzgamiento.

El constituyente porteño goza de amplia discrecionalidad a la hora de configurar las causales de remoción ya que su único límite jurídico emana del artículo 5 de la CN; norma que le impone el deber y la obligación de proveer un Poder Judicial independiente, so condición de intervención federal. Es forzoso concluir que tal precepto exige, implícitamente, que todo juez local vaya revestido de la garantía de inamovilidad, pues lo contrario menoscaba su independencia. En este orden de ideas, la permanencia en el cargo no puede quedar supeditada *sine die* a la discreción de otro poder del Estado, lo que trasluciría una estabilidad precaria y, por lo tanto, violatoria de la inamovilidad (Fallos: 322:1253). Del artículo 5 de la CN no se desprende que las constituciones locales deban ser un calco de la nacional,¹ por lo que los gobiernos locales mal pueden verse conminados a observar cualquier otro privilegio federal, salvo que –tal como ocurre con la intangibilidad– resulte inherente a la forma republicana de gobierno.² En suma: el artículo 5 de la CN sólo requiere que, como poder independiente, todo juez local, de la instancia y grado que fuere, no obre sometido a poder, ente, órgano u autoridad que le resulte extraña. Muy por el contrario exige, bajo riesgo de intervención, que proceda con plena independencia de criterio, sujeto únicamente a la ley vigente. Así, habiendo garantizado la inamovilidad (artículo 110 CCABA), bien pudo el constituyente porteño, tal como efectivamente hizo, precisar a discreción los supuestos de remoción de magistrados del artículo 122 de la CCABA.

Sin mengua de resultar unas causales de corte subjetivo y otras de índole objetiva, el artículo 122 de la CCABA prevé, en paralelo, otras dos variables, claramente distinguibles. Una de ellas comprime enormemente la capacidad interpretativa de la autoridad de aplicación, al límite de tornarla imperceptible o extinguirla sin más. Importa causal

1. González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía. Editores, 1897, p. 707.

2. CSJN, “Marincovich, José Antonio c/Vargas, Abraham Luis s/responsabilidad civil contra magistrados”, del 01/08/13.

reglada objetivamente por el constituyente, sobre la que no cabe resquicio de discrecionalidad o margen de arbitrio alguno por parte de los operadores constitucionales, que ven así reducida su función a la mera comprobación de los extremos tipificados por la norma. Tamaño juicio de comprobación resulta cuasi empírico, por lo que prácticamente se reduce a corroborar la subsunción de la acusación a la causal habida en aras de tornar operativa, declaración mediante, la responsabilidad legal; lo que ocurre con el supuesto de “comisión de delitos dolosos”.

Las restantes causales de remoción importan conceptos jurídicos indeterminados, por lo que dejan librado al arbitrio de las autoridades de aplicación el reconocimiento y la configuración de aquellos extremos jurídicos o fácticos que, a su exclusivo criterio, constituyan un supuesto susceptible de ser subsumido en tipo alguno objeto de reproche. Así, mal desempeño, por ejemplo, no requiere de la comisión de un delito ya que alcanza para configurarse con la demostración de que el magistrado no se encuentra en condiciones de ejercer el cargo en las circunstancias que los poderes públicos lo exigen, por lo que es suficiente, para parafrasear a la CSJN, con que el imputado sea un “mal juez” (Fallos: 316:2840).

Que los confines de tales causales resulten amplios y difusos no permite tildarlos de “omniabarcativos”, pues sólo comprenden aquello que razonable y prudentemente pueda admitir allí su inserción. Lo contrario implicaría reconocer, a favor de la autoridad de aplicación, competencias para instituir por conducto exegético o interpretativo causales no previstas por el constituyente, entrometiéndose en aquello que sólo a él le corresponde por exceder la esfera de todo poder constituido.

Si bien el procedimiento de remoción de todo magistrado no implica actividad judicial sino política, no por ello está exento de satisfacer los recaudos jurídicos formales y sustanciales que hacen al debido proceso y la defensa en juicio, conforme las previsiones del artículo 123 de la CCABA. No necesariamente el procedimiento de remoción debe guardar estricto apego con las formas que rodean el trámite y la decisión de las controversias ante el Poder Judicial, lo que no lo libera de observar los requisitos que hacen a la esencia y validez de todo juicio. Tal disposición no es sino un natural corolario de la jurisprudencia erigida por la CSJN a partir de mediados de la década del ochenta del siglo pasado³

3. Fallos: 308:525, 961, 2609; 310:2031; 311:811, 2320; 312:253 y 313:114.

y mantenida invariablemente hasta el presente,⁴ por la que concluyó que la naturaleza política de tales cuestiones inhibe, *per se*, la revisión judicial del acto, salvo que medie arbitraria afectación a principios o garantías federales. Esto es así pues el deber de evitar la conculcación del derecho federal a merced de toda autoridad pública comporta razón suficiente para surtir exitosamente la instancia judicial, incluso en procedimientos como el que nos ocupa.⁵

Así, las decisiones referidas a la remoción de magistrados configuran cuestión justiciable –en términos genéricos– y federal –en términos específicos– sólo cuando se invoca, por la parte interesada, violación del debido proceso. En efecto, tal conclusión encuentra sustento en dos parámetros fundamentales: por un lado, el relativo a que los mentados procesos están protegidos por la garantía de defensa en juicio consagrada por la Ley Fundamental (artículo 18 de la CN); y por el otro, el concerniente a que la violación a dicha garantía que irroque un perjuicio a derechos constitucionales –de índole local o federal– jurídicamente protegidos, de estar reunidos los restantes recaudos de habilitación judicial, puede y debe ser reparada por los jueces de acuerdo con el principio de supremacía de la Constitución y con arreglo al control de constitucionalidad judicial (Fallos: 316:2940).

La intervención de la autoridad judicial se circunscribe a nulificar el acto, en tanto advierta afectaciones al debido proceso, sin que ello imponga al Jurado la obligación de seguir las reglas del proceso judicial. Empero, no puede sustituir ni revisar los criterios de apreciación y valoración política según los cuales el Consejo de la Magistratura acusó o el Jurado de Enjuiciamiento aprehendió los extremos en materia de imputación y calificó la conducta, al encuadrarla en los términos de alguna de las causales previstas. Tal aspecto del procedimiento destitutorio hace al mérito, la sustancia o el fondo del asunto; con lo que resulta privativa de las autoridades de aplicación y ajena al entendimiento de los tribunales de justicia. La revisión judicial del procedimiento de remoción se ciñe a lo formal, en tanto medie una caprichosa afectación a la defensa en juicio. Pone el acento en lo adjetivo y no puede perforar el contorno o la periferia de la decisión, siempre

4. Fallos: 315:762,781; 314:1723; 316:2940; 317:874; 319:705 y 325:2534.

5. Fallos: 308:961; 310:2845; E.D. 160:15 y 152:175.

en resguardo de la inviolabilidad de la defensa en juicio. En conclusión: el articulado deposita en manos del Jurado de Enjuiciamiento la valoración de la conducta de los jueces, y en las del Poder Judicial, caso mediante, la eventual revisión en el supuesto en que en el proceso respectivo haya mediado una arbitraria conculcación al debido proceso. De modo alguno le es dado al Poder Judicial pronunciarse sobre el mérito de la decisión sin arrogarse, inconstitucionalmente, atribuciones que el constituyente confiara al Jurado de Enjuiciamiento, por lo que no debe abrir juicio alguno sobre el desempeño y la conducta del acusado, por ser dato político no justiciable.

Siendo que la destitución guarda silencio sobre la eventual responsabilidad civil o penal en la que pudiera haber incurrido el magistrado removido, pues no surte otro efecto que el de exonerarlo del cargo, queda expedita –de modo accesorio– la instancia judicial, siempre que haya mérito para encausarlo por la vía ordinaria. Esto permite distinguir los diferentes reproches legales que puede acarrear una misma conducta, según el plano desde el que se la divise.

Capítulo Sexto

Ministerio Público

Artículo 124

El Ministerio Público tiene autonomía funcional y autarquía dentro del Poder Judicial. Está a cargo de un o una Fiscal General, un Defensor o Defensora General y un Asesor o Asesora General de Incapaces, quienes ejercen sus funciones ante el Tribunal Superior de Justicia, y por los demás funcionarios que de ellos dependen.

Artículo 125

Son funciones del Ministerio Público:

- 1. Promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica.**
- 2. Velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social.**
- 3. Dirigir la Policía Judicial.**

Artículo 126

El Fiscal General, el Defensor General y el Asesor General de Incapaces son designados y removidos en la misma forma y con los mismos requisitos que los miembros del Tribunal Superior de Justicia.

Duran en su función siete años, pudiendo ser reelegidos con intervalo de un período completo.

Los restantes funcionarios del Ministerio Público que actúen ante otros tribunales son designados de la misma forma que los jueces, gozan de idénticas inmunidades, tienen iguales limitaciones y son removidos por el Jurado de Enjuiciamiento.

En su caso, en la integración del Jurado de Enjuiciamiento del artículo 121, se reemplazan los dos jueces ajenos al Tribunal Superior por dos funcionarios del Ministerio Público, seleccionados de una lista de ocho, elegidos por sus pares mediante el sistema de representación proporcional.

EL MINISTERIO PÚBLICO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES: INDEPENDENCIA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES EN EL SISTEMA ACTUAL

Por Horacio G. Corti, Axel O. Eljatib y Javier J. Telias

AUTONOMÍA Y AUTARQUÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO

A diferencia del Ministerio Público de la Nación, el Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene tres ramas e integra explícitamente el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículos 107 y 124 CCABA). El Ministerio Público de la Nación es definido por la CN como un “órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera” (artículo 120 CN), y se halla ubicado en una sección distinta de la correspondiente al Poder Judicial de la Nación dentro del Título Primero (Gobierno Federal) de la Segunda Parte (Autoridades de la Nación) de la Ley Fundamental.¹ El Ministe-

1. Ello ha originado un fuerte debate sobre su naturaleza jurídica. La mayoría de la doctrina lo concibe como un órgano extrapoder, es decir, al margen de los tres poderes

rio Público local, por su parte, también tiene “autonomía funcional y autarquía” pero “dentro del Poder Judicial”, y se encuentra regulado en el Título Quinto (Poder Judicial) del Libro Segundo (Gobierno de la Ciudad) de la Constitución de la CABA.² De modo que las nociones de autonomía y autarquía no tienen el mismo sentido en los dos casos. En el ámbito local, es necesario precisar el grado de independencia con que cuenta el Ministerio Público dentro del Poder Judicial, particularmente con respecto al Consejo de la Magistratura,³ que es justamente definido por la Ley N° 31 como el órgano encargado del “gobierno y

clásicos aunque vinculado con alguno de ellos (Gelli, M. A., *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 3ª ed., 2007, p. 998; Bidart Campos, G., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2005, T. III, pp. 12 y 13, pp. 25 y 26). Tal fue la posición predominante en la Convención Constituyente (Gelli, *op. cit.*, p. 999). No obstante, de la lectura de la literatura se puede observar que aquella noción no es demasiado clara –y que poner un nombre a un problema no equivale a una explicación– (cfr. Sagüés, N. P., “Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de los poderes”, en VV. AA., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2007, T. I, p. 301 y ss.; Bianchi, A., “El Ministerio Público: ¿un nuevo poder? (Reexamen de la doctrina de los órganos extra-poder)”, *El Derecho*, 1995, T. 162, p. 139 y ss.). Gelli y Loñ, por otra parte, consideran que el Ministerio Público de la Nación es un cuarto poder (Gelli, *op. cit.*, p. 999; Loñ, F., “Enfoque sistémico de la división de poderes después de la reforma constitucional de 1994”, LL, 1998-B-1115). Bianchi cree que se parece más a un nuevo poder que a un órgano extrapoder, si bien supone que esa no fue la intención de los constituyentes, que no pretendieron jerarquizarlo tanto (*op. cit.*, p. 154). En una indecisión similar se encuentra Sagüés (cfr. “La estructura del poder”, revista *Criterio*, 22/12/1994, y *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 1997, T. I, p. 542). Para Badeni, es “un organismo de control horizontal e intraórgano que forma parte del Poder Judicial” (Badeni, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2006, T. II, p. 1892). Según Sesín, es un “órgano constitucional autónomo” que pertenece al Poder Judicial (Sesín, D., “Ubicación institucional del Ministerio Público y de los otros órganos con jerarquía constitucional. Una perspectiva diferente”, en Arocena, G., y Balcarce, F., *El Ministerio Público: una evaluación a partir de su reforma*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, pp. 38-43). (Sobre la categoría de “órgano constitucional autónomo”, cfr. Sagüés, “Problemática de los órganos extrapoder...”, *op. cit.*).

2. En la Novena Sesión Ordinaria de la Convención Constituyente del 24 de septiembre de 1996, el convencional Jorge Enriquez, del bloque de la UCR, presidente de la Comisión de Justicia y Seguridad de la Convención, señaló, con relación a la pertenencia del Ministerio Público al Poder Judicial, que fueron tenidos en consideración “la Constitución española o el Estatuto Orgánico del allí denominado Ministerio Fiscal, del 30 de diciembre de 1981, que lo definen con autonomía funcional en el Poder Judicial” (*Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires de 1996*, Buenos Aires, Editorial Jusbairens, 2016, T. 2, p. 951).

3. Los magistrados del Ministerio Público, lamentablemente, no son representados por un par en el Consejo de la Magistratura (art. 115, CCABA; art. 3, Ley N° 31), pero

administración del Poder Judicial” (artículo 1).⁴ Dada la relativa indeterminación de la norma constitucional, aquellas nociones son materia de interpretación y se hallan sujetas a reglamentación por parte del Poder Legislativo de la Ciudad (que es un intérprete de la Constitución, en el marco de sus competencias).⁵ A él le corresponde definir el modo en que concretamente se expresan la autonomía y la autarquía del Ministerio Público de la CCABA, teniendo en miras asegurar los recursos suficientes para un adecuado funcionamiento del organismo y que el responsable de cada rama pueda tomar decisiones propias sobre su planificación y ejecución (garantizando el pleno cumplimiento del artículo 18 y las normas del capítulo II de la Ley N° 1903). Lo relevante, en definitiva, más allá de las controversias académicas, es que se le garantice un grado razonable de independencia que le permita ejercer las competencias constitucionales.⁶ De hecho, la situación jurídica del Ministerio Público, hoy en día, es muy distinta de la configurada por la Ley N° 21⁷ y la Ley N° 31 originaria.⁸ El sistema actual lo conforman la Ley N° 1903⁹ y la Ley N° 31 actual,¹⁰ que a continuación analizamos.

Según la Ley N° 1903, el Ministerio Público ejerce sus funciones

... en coordinación con las demás autoridades del Poder Judicial y con los restantes poderes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, [...] sin sujeción a directivas, instrucciones ni condiciones que se impartan o establezcan por sujetos ajenos a su estructura (artículo 2).

Tiene “plena independencia funcional respecto de los poderes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” (artículo 3), es decir, no sólo

pueden participar en la elección del consejero juez y en la fiscalización de las elecciones y el escrutinio definitivo (art. 56, Ley N° 1903).

4. También hay alusiones genéricas al Poder Judicial en el art. 116 de la CCABA, referente a las funciones del Consejo de la Magistratura.

5. Cfr. Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, Ciudad de México, UNAM, 1979, cap. VIII.

6. En sentido similar, Gelli, *op. cit.*, p. 999. También Braccacini y González en Gargarella R. y Guídi, S., *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 967.

7. BOCBA del 20/05/1998.

8. BOCBA del 29/06/1998.

9. BOCBA del 25/01/2006. La última reforma importante de la Ley N° 1903 fue por medio de la Ley N° 4891, BOCBA del 30/01/2014. Fue reformada por última vez por la Ley N° 5289, BOCBA del 07/07/2015.

10. Reformada por última vez por medio de la Ley N° 5569, BOCBA del 27/07/2016.

del Ejecutivo y el Legislativo sino también del resto de los integrantes del Poder Judicial (artículo 107, CCABA).

A fin de asegurar su autarquía el Ministerio Público cuenta con presupuesto propio (artículo 23).¹¹ Cada titular tiene a cargo el “gobierno y la administración”¹² de su propio ámbito (artículos 3, 18 y 22), de modo que cuenta con la facultad de efectuar contrataciones hasta un monto determinado de unidades de compra¹³ y definir las unidades operativas correspondientes (artículo 22, inciso 2). Las ampliaciones a la estructura orgánica de cada área del Ministerio Público se deben proponer al Consejo de la Magistratura (artículo 22, inciso 5).

Con relación a las facultades del Consejo de la Magistratura que inciden en el Ministerio Público, cabe señalar que, según la Ley N° 31, le corresponde de manera exclusiva la selección mediante concurso público de los candidatos a la Magistratura y al Ministerio Público (artículo 2, incisos 1 y 2); el ejercicio de las facultades disciplinarias respecto de los jueces y magistrados del Ministerio Público (artículo 2, inciso 4 y artículo 39, inciso 2, Ley N° 31; artículo 26, Ley N° 1903; artículo 116, inciso 4 CCABA); la recepción de denuncias y la apertura, en su caso, del procedimiento de remoción de jueces y magistrados del Ministerio Público, y formular la acusación correspondiente ante el Jurado de Enjuiciamiento (artículo 2, incisos 7 y 8, Ley N° 31). El Plenario del Consejo resuelve sobre las sanciones disciplinarias que deban aplicarse a los magistrados, a propuesta de la Comisión de Disciplina (artículo 20, inciso 12, Ley N° 31).

El Consejo de la Magistratura también define la política salarial del Poder Judicial (excluido el Tribunal Superior), pero debe consultar previamente al Ministerio Público (artículo 2, inciso 11). La Ley N° 31 especifica que el Plenario de Consejeros dispone la mencionada política salarial, garantizando el principio de porcentualidad y la uniformidad de la escala, y tiene a su cargo, a tales efectos, la sanción de los regla-

11. Cada titular del Ministerio Público puede solicitar al Consejo de la Magistratura la reasignación de partidas que considere necesaria. Asimismo, el Consejo de la Magistratura podrá modificar la distribución funcional del gasto correspondiente al Ministerio Público, previo consentimiento de los titulares de cada rama (art. 24, Ley N° 1903).

12. Nótese que la fórmula es la misma del art. 1 de la Ley N° 31 sobre el Consejo de la Magistratura.

13. El valor de la unidad de compra es fijado por la ley de presupuesto de cada ejercicio.

mentos que refieran a salarios, adicionales y condiciones laborales del Poder Judicial, incluido el Ministerio Público (artículo 20, inciso 16).¹⁴ El Plenario también aprueba anualmente el proyecto de presupuesto del Poder Judicial y lo remite al Poder Ejecutivo del GCABA para su incorporación en el presupuesto antes del 30 de agosto (artículo 20, inciso 8).¹⁵ La ley determina, por último, que el Consejo de la Magistratura administra los recursos asignados al Poder Judicial –excluidos los correspondientes al Ministerio Público– (artículo 20, inciso 9).¹⁶

El viejo sistema normativo de las leyes N° 21 y N° 31 limitaba bastante la independencia del Ministerio Público, dado que no le otorgaba ninguna facultad de administración. Sólo confería a los titulares de las tres ramas la facultad de organizar el trabajo en cada área en lo relativo a la actuación ante los tribunales del Poder Judicial, de un modo similar a la ley actual. Por ende, el Consejo de la Magistratura retenía plenamente la potestad reglamentaria y la administración de los recursos del Poder Judicial, excluyendo únicamente al Tribunal Superior de Justicia.¹⁷ También sustanciaba los procesos disciplinarios no sólo respecto de los jueces y magistrados del Ministerio Público sino también de los funcionarios y empleados de todo el Poder Judicial. El Ministerio Público contaba, como ahora, con la facultad de elaborar anualmente el anteproyecto de presupuesto para todas sus áreas, que debía remitir al Consejo de la Magistratura para su consideración en el

14. Basándose en esta última norma, incorporada a la Ley N° 31 a través de la Ley N° 4890 (BOCBA del 30/01/2014), el Consejo de la Magistratura aprobó el Reglamento Interno del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aplicable incluso al Ministerio Público (cfr. Resolución CM N° 170/14 y el “Convenio Colectivo General de Trabajo para el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, aprobado por Resolución de Presidencia CM N° 1259/15).

15. El anteproyecto del presupuesto del Ministerio Público surge del propio Ministerio Público (art. 22, inc. 4 y 25, inc. 2, Ley N° 1903), de modo que el Consejo de la Magistratura sólo consolida la información relativa al Poder Judicial y la remite al Poder Ejecutivo. El órgano que elabora el anteproyecto es la Comisión Conjunta de Administración, de la que hablaremos más adelante.

16. Según los arts. 114 y 111, CCABA, el TSJ proyecta y ejecuta su presupuesto, nombra y remueve a sus empleados, y dicta su reglamento interno, y los magistrados que lo integran son elegidos por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura; de modo que siempre que hablamos aquí del Poder Judicial, excluimos el TSJ.

17. No podía no excluirlo, porque así lo exige la CCABA, como señalamos en la nota anterior.

presupuesto general del Poder Judicial (artículo 17, inciso 4, Ley N° 21). Se puede observar que la Ley N° 1903 expresa mucho mejor la idea de un Ministerio Público dotado de un grado de autonomía compatible con sus funciones constitucionales.

Los tribunales de la Ciudad han procurado, en general, no intervenir o involucrarse en los asuntos concernientes al funcionamiento interno del Ministerio Público por considerarlos inherentes a su autonomía funcional y su estructura jerárquica, y a las facultades de los titulares de cada ámbito que derivan de tales atributos. Con esta orientación no intervencionista hubo fallos relativos a conflictos entre órganos del Ministerio Público,¹⁸ otros relativos a la legitimación del titular de una rama o un general adjunto para intervenir en las instancias inferiores,¹⁹ y también sobre la evaluación judicial de oficio de la regularidad de la designación de un magistrado del Ministerio Público.²⁰

UNIDAD DE ACTUACIÓN

La Ley N° 1903 establece, al igual que el artículo 125 de la CCABA, que el Ministerio Público es uno e indivisible, pero tiene tres ámbitos con funciones e intereses diferenciados. Ninguno de los titulares se encuentra por encima de los demás, los tres son pares²¹ (lo que no ocurre en algunos sistemas provinciales de nuestro país, en que un Procurador General conduce la totalidad del Ministerio Público).²² Cada

18. Cfr. TSJ, “Cabiche”, Expte. N° 3259/04, sentencia del 09/02/2005. En sentido contrario se había pronunciado la Sala II de la Cámara del fuero Contencioso Administrativo y Tributario en “Moreno, Gustavo Daniel”, Expte. N° 10309/2, con fecha 15/06/2004.

19. Cfr. Sala III de la Cámara del fuero Contencioso Administrativo y Tributario en los autos “Travi”, Expte. N° A20782-2013/2, resolución de fecha 12/07/2013. En el mismo sentido, cfr. Sala III de la misma Cámara en los autos “Asociación Amigos del Lago de Palermo”, Expte. N° 46554/5, sentencia del 23/09/2013. Cfr. también sobre el tema: TSJ, “Fronzizi”, Expte. N° 9788/13, sentencia del 15/4/2014.

20. Cfr. TSJ, “Skiba”, Expte. N° 5427/07, sentencia del 12/03/2008.

21. La horizontalidad se refleja, entre otros casos, en la creación y en el modo de funcionamiento de la Comisión Conjunta.

22. Por ejemplo, en las provincias de Buenos Aires, Catamarca, Formosa, Mendoza, Río Negro, Misiones, Corrientes, Tucumán, San Juan, San Luis y Santiago del Estero. Esto es criticable por muchas razones, entre otras, porque magistrados que llevan a cabo funciones contrarias –defensa y acusación– obedecerían a un mismo superior. Sobre la situación de la defensa pública en nuestro país y en Latinoamérica, cfr. el pormenorizado

rama tiene sus criterios de legitimación y roles constitucionales, legales y procesales no sólo distintos sino incluso antagónicos en ciertos casos. No obstante, cada uno representa al Ministerio Público “en su conjunto” (artículo 4).²³

FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Con una fórmula similar a la del artículo 120 de la Constitución Nacional, el Ministerio Público de la Ciudad de Buenos Aires, según la CCABA, tiene la función de promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Debe también velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social, y dirigir la Policía Judicial.²⁴

El Ministerio Público local ha tenido, desde su origen, un rol muy activo y original en la promoción del acceso a la Justicia y en la defensa

informe de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas: *Parámetros de Medición de las Defensas Públicas (compilación de respuestas al cuestionario elaborado por el Comité Ejecutivo de la AIDEF)*, Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, Buenos Aires, 2015.

23. Sobre la base de esta norma, los magistrados del Ministerio Público han considerado, en algunas ocasiones, que la intervención, en ciertas circunstancias, de un ámbito del Ministerio Público volvería innecesaria la intervención de otro (cfr. dictamen del Fiscal General Adjunto en los autos “Acuña”, Expte. N° 6839/09, con fecha 24/11/2009).

24. La Ley N° 1903 especifica que corresponde al Ministerio Público intervenir en todos los asuntos en que se encuentren involucrados el interés de la sociedad y el orden público; promover y ejercitar la acción pública en las causas contravencionales y penales, salvo cuando para intentarlas o proseguirlas fuere necesario instancia o requerimiento de parte; velar por la observancia de los derechos humanos en los establecimientos y lugares de detención de personas y promover las acciones pertinentes cuando se verificare su violación; intervenir en los procesos en que se cuestione la validez constitucional de normas jurídicas de cualquier jerarquía, y en los que se alegare privación de justicia; defender la jurisdicción y competencia de los tribunales, asegurar la normal prestación de la función judicial y velar por el cumplimiento del debido proceso legal; promover o intervenir en causas concernientes a la protección de las personas menores de edad, incapaces e inhabilitados y sus bienes y requerir las medidas conducentes cuando carecieren de asistencia o representación legal, fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo, o fuese menester controlar la gestión de estos últimos; ejercer la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas contravencionales, penales o de otros fueros, cuando fueren pobres o estuvieren ausentes; informar al Consejo de la Magistratura las acciones u omisiones de magistrados, funcionarios o empleados de los tribunales que consideren susceptibles de sanción disciplinaria (art. 17).

de los intereses generales de la sociedad, particularmente en lo relativo a la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales en la Ciudad de Buenos Aires. En este sentido, debemos señalar que en los inicios del fuero Contencioso Administrativo y Tributario (*circa* 2001), los amparos vinculados con el derecho a la vivienda representaban la mayor parte del trabajo de la defensa pública. Más del 80% de los consultantes atendidos por el Ministerio Público de la Defensa y del 75% de las causas iniciadas por él estaban vinculados con situaciones de emergencia habitacional.

En esa etapa inicial se destaca la causa “Pérez, Víctor”, en la que cuatro hombres alojados en un hogar transitorio denunciaban las pésimas condiciones de habitabilidad del establecimiento y los consiguientes perjuicios a su derecho a la salud.²⁵ En aquella época, más precisamente a mediados de 2001, el Poder Ejecutivo de la Ciudad tomó ciertas medidas que motivaron un número significativo de amparos que fueron muy importantes en la historia del fuero contencioso. La comunicación por parte del Poder Ejecutivo del cierre inminente del programa aprobado por el Decreto N° 607/97 fue la razón de que la única defensoría de entonces iniciara 103 amparos “preventivos”, entre los cuales se destacan los autos “Fernández Silvia”, “Ortiz, Céllica” y “Victoriano”, resueltos todos a fines de 2001 y considerados *leading cases* en el fuero.²⁶

25. Cfr. la sentencia de la Sala de ferias de la Cámara del fuero Contencioso Administrativo y Tributario del 25/01/2001 (Expte. N° 605), la cual quedó firme por el rechazo de los recursos de queja e inconstitucionalidad por parte del Tribunal Superior de Justicia con fecha 21/06/2001. En ella la Cámara define, ya a inicios de 2001, una serie de conceptos importantes, a saber: la aplicación en el ámbito de la CABA de los tratados internacionales y estándares fijados por los comités de cada uno de ellos; la obligación del Estado de realizar acciones positivas para lograr el efectivo ejercicio de los derechos y en especial de los derechos sociales; el reconocimiento expreso de la relación entre vivienda, dignidad y salud; y la prioridad de las personas sin recursos económicos y los excluidos socialmente, entre otros (cfr. la publicación del Ministerio Público de la Defensa, *Los derechos económicos, sociales y culturales en la Ciudad de Buenos Aires. El rol del Ministerio Público de la Defensa para su exigibilidad*, Buenos Aires, 2015, pp. 52 y 53).

26. El Poder Ejecutivo emitió luego el Decreto N° 895/2002. Con la promulgación de tal decreto el Tribunal Superior creyó innecesario expedirse sobre el fondo –en los casos “Fernández Silvia”, “Ortiz Céllica” y “Victoriano”–, porque la “amenaza” de cierre del programa de hoteles había desaparecido. Para un panorama detallado de los temas habitacionales y de la historia de la exigibilidad de los DESC en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el rol destacado de la defensa pública y la jurisprudencia en esa materia desde 2001 hasta el fallo de la CSJN “Quisberth Castro, Sonia Yolanda c/GCBA

Por otra parte, los operadores del Ministerio Público, desde el inicio del Poder Judicial local, interpretaron que era una condición necesaria para el cumplimiento del deber constitucional de promover judicialmente la defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad contar con una legitimación procesal no sólo diferente sino más amplia que la de un particular.²⁷ En este sentido, consideramos que los magistrados del Ministerio Público están facultados para proteger de manera autónoma los derechos colectivos de los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.²⁸

En este orden de ideas, la jurisprudencia ha sido favorable a la legitimación de los magistrados del Ministerio Público para requerir información en los términos de la Ley N° 104, e incluso ha realizado una interpretación amplia del artículo 2 de dicha ley.²⁹ La Sala II de la Cámara del fuero Contencioso Administrativo y Tributario interpretó,

s/amparo” (24/04/2012), cfr. *Los derechos económicos, sociales y culturales en la Ciudad de Buenos Aires...*, op. cit. También cfr. González Castro Feijóo, María Lorena, “La aplicación del art. 335 CPPCABA y la situación habitacional de la CABA”, exposición en las Jornadas de Debate del 13 de septiembre de 2011, Facultad de Derecho de la UBA. Cfr. también la *Revista Institucional de la Defensa Pública*, año 2, n° 3, 2012, donde pueden leerse el fallo de la CSJN (p. 105 y ss.) y el comentario de Tedeschi, Sebastián, “El acceso a la vivienda es justificable. Comentario al fallo de la Corte Suprema sobre el derecho a la vivienda y su importancia para la exigibilidad de los DESC” (p. 75 y ss.).

27. Con respecto a la noción de legitimación, cfr. Corti, H. C, y Eljatib, A. O., comentario al art. 6 del CCyT, particularmente el parágrafo 6.2, en Carlos Balbín (dir.), Aurelio Ammirato (coord.), *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentado y anotado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª ed., 2012, T. I, p. 138 y ss.

28. El Ministerio Público Tutelar, desde el origen de la Justicia local, inició amparos –paralelamente a una intensa actividad extrajudicial (art. 53 inc. 4, Ley N° 1903, y art. 103, CCyC)– invocando la representación genérica de los menores o incapaces de la CABA. Cfr., entre otros, Expte. N° 899/01 (escuela en el D.E. N° 20), Expte. N° 42.242/0 (Hospital Udaondo), Expte. N° 24.708/0 (Hospital Borda), Expte. N° 42.083/0 (Hospital Argerich), Expte. N° 41.651/0 (Hospital Durand), Expte. N° 7143/0 (Ley N° 104), Expte. N° 34.987/0 (Hospital de Quemados), Expte. N° 44.701/0 (programa “Ciudadanía porteña”), Expte. N° 41.953/0 (Hospital Tornú), A2.284-2014/0 (Escuela Caviglia), Expte. N° 41.373/0 (Complejo Cachi), Expte. N° 41.205/0 (Bap Costanera), A70.963-2013 (internación domiciliaria). Cfr. sobre el tema el pronunciamiento, con una orientación restrictiva, del TSJ en los autos “Asesoría Tutelar CAYT n° 2”, Expte. N° 9264/12, con fecha del 19 de diciembre de 2013.

29. Cfr. TSJ, “Ministerio Público - Defensoría General de la CABA”, Expte. N° 11396/14, sentencia del 14/06/2015.

por su parte, que la restricción del artículo 2 *in fine* de la Ley N° 104³⁰ no es aplicable cuando el requerimiento proviene del Ministerio Público, dado que no puede suponerse que su pedido vaya a dificultar o entorpecer la actuación de la Administración, sino todo lo contrario.³¹

Es de interés mencionar que la Ley N° 1903 faculta a todos los magistrados del Ministerio Público a requerir informes a los organismos administrativos, a las empresas prestadoras de servicios públicos y a los particulares, así como disponer la intervención de la autoridad preventora para realizar diligencias y citar personas a sus despachos, sin perjuicio de las demás atribuciones que les confieren los ordenamientos procesales en el ámbito específico de las causas en trámite (artículo 20).

Con relación a la Policía Judicial a la que alude el artículo 125 CCABA, se justifica un comentario especial. La Ley N° 2894³² definió el Sistema de Seguridad Pública de la Ciudad de Buenos Aires y creó la Policía Metropolitana y el Instituto Superior de Seguridad Pública. Por su parte, la Ley N° 2896³³ creó el Cuerpo de Investigaciones Judiciales (CIJ), que “cumplirá funciones de Policía Judicial dependiente orgánica y funcionalmente del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (artículo 1). El CIJ, según la ley, tiene la misión de “auxiliar al Poder Judicial a través del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (artículo 2). Su objeto es i) “la investigación de los delitos, las contravenciones y las faltas”; ii) “individualizar a los/as presuntos/as autores/as y partícipes del hecho investigado”; iii) “reunir y conservar las pruebas útiles para el caso conforme a las normas de procedimiento y a las instrucciones que imparta el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (artículo 3). Sus funciones son i) “practicar las diligencias necesarias y que correspondan para la averiguación y esclarecimiento de los delitos, las contravenciones y las faltas, todo ello por orden del Ministerio Público Fiscal”; ii) “prestar auxilio para el cumplimiento de las órdenes y resoluciones de las autoridades del Poder Judicial y del

30. La última oración del art. 2 de la ley establece que “el órgano requerido no tiene obligación de crear o producir información con la que no cuente al momento de efectuarse el pedido”.

31. Cfr. Sala II, “Moreno, Gustavo Daniel”, Expte. N° 7134/0, sentencia del 30/09/2003.

32. BOCBA del 24/11/2008.

33. Mismo BOCBA de la nota anterior.

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”; iii) “cooperar con las autoridades del Poder Judicial de la Nación en la investigación de los delitos en caso de ser legalmente requerido su auxilio. Los alcances y características de la cooperación serán definidos por convenio, hasta tanto sean transferidas todas las competencias ordinarias” (artículo 4). Según el artículo 5, “[e]l CIJ depende de la Fiscalía General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual designa y remueve a sus funcionarios/as y empleados/as conforme a esta Ley y la reglamentación que se dicte”, mientras que el Defensor General y el Asesor General sólo “podrán requerir al/la directora/a del CIJ la prueba recolectada y/o ampliaciones o aclaraciones sobre la misma”.

La exclusividad del Ministerio Público Fiscal y el ínfimo margen de intervención de los otros dos ámbitos del Ministerio Público en el CIJ no surgen de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ni de la Ley N° 1903 (cuyo artículo 17 inciso 8 prevé la dirección de la Policía Judicial entre las competencias del Ministerio Público en general) ni de ninguna interpretación jurídica razonable de tales cuerpos normativos.

Pero hay una segunda observación, no menos importante, a la Ley N° 2896. Si el CIJ depende exclusivamente del Ministerio Público Fiscal, es claro que la defensa del imputado no se podrá desarrollar en condiciones de “plena igualdad” con la acusación (artículo 8.2 CADH; artículo 14.3 PIDCP), es decir, no tendrá las mismas posibilidades reales para influir en las decisiones de los jueces.³⁴ Es relevante mencionar

34. Cfr. Cafferata Nores, José I., *Proceso penal y derechos humanos: La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos a nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª ed., 2011, p. 124 y ss. Cfr. también Binder, A.; Cape, E.; Namoradze, Z.; ADC; Cerjusc; Conectas; Dejusticia; IDDD; ICCPG; IJPP; INECIP, *Defensa penal efectiva en América Latina*, Bogotá, Dejusticia, 2015; Terradillos Basoco, Juan M., *Garantías del sistema acusatorio: Derecho a la Defensa y Derecho Penal sustantivo (a propósito de los ordenamientos argentino y federal mexicano)*, Papeles de trabajo de la Defensa Pública n°4, Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013. El CELS, en un documento de 2004 –elaborado por el Programa Justicia Democrática de dicha organización con la colaboración de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP)–, señaló que “la igualdad de armas que define un sistema procesal respetuoso de los derechos del imputado requiere que el defensor tenga las mismas atribuciones que el fiscal o que el funcionario que realiza la investigación penal (en nuestro caso el juez instructor, aunque esto es claramente un contrasentido con las afirmaciones anteriores). Para ello, que pueda contar con investigadores propios parece un requisito central. Es preciso destacar este tema porque el fortalecimiento del MPD

que con posterioridad a la Ley N° 2896 se reformó la Ley N° 1903 –por medio de la Ley N° 3318—³⁵ y se creó en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa una *oficina de asistencia técnica*, a los efectos de que aquel cuente “con los elementos probatorios que garanticen el debido proceso” (artículo 21, Ley N° 1903). Esta reforma, podemos suponer, procuró disminuir la brecha entre la defensa y la acusación. Sin embargo, y sin perjuicio de la indiscutible relevancia de aquella oficina, es evidente que las competencias y los recursos materiales y humanos del CIJ son mucho más importantes y en consecuencia la situación de la defensa y la de la acusación no son equivalentes en el sistema actual.³⁶

FACULTADES DE LOS TITULARES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Según el artículo 18 de la Ley N° 1903, corresponde a cada uno de los titulares del Ministerio Público representar el ámbito a su cargo, en las relaciones con las autoridades de los gobiernos de Ciudad, nacional o provinciales; aplicar el reglamento interno en sus respectivos ámbitos y ejercer los actos necesarios para el cumplimiento de las funciones encomendadas; convocar a reuniones de consulta a los magistrados del Ministerio Público del ámbito a su cargo a fin de intercambiar opiniones sobre lo concerniente a una mayor eficacia del servicio, procurar la unificación de criterios acerca de la actuación del Ministerio Público y analizar cualquier otra cuestión conveniente; elaborar anualmente los criterios generales de actuación, que deberán constar por escrito, ser públicos y comunicados a la Legislatura porteña;³⁷ disponer la cobertu-

está íntimamente ligado a tener esta capacidad efectiva que incluye, por ejemplo, realizar investigaciones, dar directivas a la policía, requerir peritajes, entre otras cosas”. (“Ejes para una reforma del Ministerio Público”, disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/ejes_reforma_mp_oct_2004.pdf, consultado el 12/8/2016).

35. BOCBA del 14/01/2010.

36. Ya se han suscitado controversias concretas con relación a medidas de prueba solicitadas por la defensa pública al CIJ, por ejemplo, en la causa “Nisenson, Darío Fabián” (Expte. N° 15503/13) (Defensoría Oficial N° 15 a cargo del Dr. Miguel Talento) y en “Testa, Sebastián Dino” (Expte. N° 3502/14) (Defensoría Oficial N° 1 a cargo de la Dra. Patricia López).

37. Se desprende de la organización jerárquica del Ministerio Público (art. 125, CCABA y art. 5, Ley N° 1903) la facultad de los respectivos titulares de elaborar criterios generales de actuación de sus magistrados, que han de ser públicos y comunicados por

ra interina de los cargos de fiscales, defensores y defensoras, y asesores y asesoras tutelares en caso de licencia, impedimento o vacancia –que deberán cubrirse por funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad–; designar a los funcionarios y empleados en el marco de las partidas presupuestarias aprobadas por la Legislatura; y coordinar con el Consejo de la Magistratura la definición de la planificación estratégica y la política judicial y de ejecución presupuestaria para la unificación de los criterios del Poder Judicial en esa materia. Si lo consideran conveniente, los titulares pueden en ciertos casos actuar en forma conjunta, lo cual, según la ley, es “necesario”³⁸ cuando se establecen reglas o pautas de aplicación general para todo el Ministerio Público (artículo 18, inciso 5).

Incumbe a los tres titulares en sus respectivas ramas intervenir ante el Tribunal Superior; fijar normas generales para la distribución del trabajo en el ámbito respectivo y supervisar su cumplimiento; disponer la actuación conjunta o alternativa de dos o más magistrados de igual o diferente jerarquía cuando la importancia o dificultad de los asuntos lo hagan aconsejable; delegar sus funciones en los generales adjuntos; nominar a un general adjunto en caso de ausencia, licencia, impedimento o vacancia (artículos 31, 38 y 49). Para los casos del Fiscal General y el Asesor General Tutelar se agrega la facultad de desistir de los recursos interpuestos por los magistrados ante las Cámaras de Apelaciones, mediante resolución fundada (artículos 31 inciso 3 y 49 inciso 3). A raíz de la reforma de la Ley N° 4891, cada titular tiene legitimación propia para promover la acción declarativa de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia (artículo 113 inciso 2 CCABA, y artículos 31 inciso 2, 38 inciso 2 y 49 inciso 2 de la Ley N° 1903).

escrito a cada uno de ellos y a la vez a la Legislatura y al Consejo de la Magistratura. No pueden referirse a causas o asuntos particulares ni ser contradictorios con la misión de cada integrante del Ministerio Público de promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad (art. 5). Todo magistrado del Ministerio Público debe cumplirlos, si bien puede dejar a salvo su opinión personal en contrario. Debe también poner en conocimiento del titular su criterio disidente, mediante informe fundado, si creyese que la instrucción es ilegal (art. 19).

38. Tal es la expresión de la norma, pero más correcto sería emplear un operador deóntico, como *obligatorio*. La noción de necesidad pertenece a la lógica modal (cfr. Orayen, Raúl, “Lógica modal”, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta, 1995, p. 289 y ss.).

Cada titular en su ámbito dicta los reglamentos necesarios para el cumplimiento de las funciones encomendadas al Ministerio Público por la Constitución y las leyes locales, en tanto no resulten contradictorios con los principios generales de los reglamentos del Poder Judicial (artículo 22 inciso 1).³⁹ Asimismo, reorganiza la estructura interna y realiza las reasignaciones del personal de acuerdo a las necesidades del servicio (artículo 22 inciso 6).

Desde la reforma de la Ley N° 4891, cada titular designa y remueve a los generales adjuntos de su área, y define el número y sus competencias (artículos 32, 39 y 50, Ley N° 1903).

Para los asuntos de administración y de gobierno que involucran al Ministerio Público en su totalidad, la Ley N° 1903 prevé la figura de la Comisión Conjunta de Administración, que es integrada por los tres titulares. Ella elabora y aprueba el reglamento interno –en consonancia con las pautas generales establecidas por el Consejo de la Magistratura–⁴⁰ y el reglamento de sumarios; confecciona el anteproyecto de presupuesto y el plan anual de compras del Ministerio Público, y aprueba las listas de expertos en representación del Ministerio Público que integran los jurados de los concursos de cada rama (artículo 25).

Con respecto al poder disciplinario, cada ámbito lo ejerce sobre sus respectivos funcionarios y empleados, en los casos de infracciones pasibles de sanciones menores –prevención, apercibimiento o suspensión de hasta cinco días–. Es ejercido por un Tribunal de Disciplina que se integra por el titular, los respectivos adjuntos y un magistrado de Cámara. Las decisiones se toman por mayoría y en caso de empate el titular tiene doble voto. En cada sumario, el Tribunal designa un instructor entre sus integrantes (artículo 30). Las sanciones son recurribles con efecto suspensivo ante el Consejo de la Magistratura (artículo 26). Para los casos más graves, es competente la Comisión Conjunta de Administración, cuyas decisiones son tomadas por unanimidad, y el procedimiento es ligeramente diferente (artículos 26 y 27 de la Ley N° 1903).⁴¹

39. Potestad reglamentaria que se conjuga con las facultades de la Comisión Conjunta y del Consejo de la Magistratura.

40. Cfr. nota 14.

41. Según el art. 27 de la Ley N° 1903, la Comisión Conjunta deberá notificar la denuncia al denunciado y a la asociación sindical a la que se encuentre afiliado –o bien, si no poyese afiliación, a la que él elija– a fin de ejercer su derecho a designar veedor gre-

PALABRAS FINALES

Desde el nacimiento del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Ministerio Público tuvo un rol destacado y original. La inminente transferencia de competencias de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad, tan demorada como necesaria, seguramente planteará al Ministerio Público local nuevos e importantes desafíos, ya que incorporará no sólo un conjunto muy importante de áreas de intervención sino también una enorme cantidad de recursos materiales y humanos, con modalidades de trabajo propias y de larga data. Sin duda, uno de los ejes que se deberán tener en cuenta en la futura reorganización del Ministerio Público, luego de la transferencia de competencias, será el acceso a la Justicia, derecho cuya promoción es una de sus prioridades. Complementariamente, el rediseño del Ministerio Público deberá realizarse bajo la óptica de la descentralización, con el objeto de reforzar la relación directa e inmediata de sus magistrados con los barrios de toda la CABA, particularmente los de la zona sur, una de las más relegadas, históricamente, por las políticas públicas locales.

mial, si lo desea, y de esa manera garantizar el debido proceso y su derecho de defensa. El veedor gremial tendrá acceso irrestricto al expediente del sumario y a los materiales probatorios, cualquiera sea su estado e incluso si se decretare el secreto de sumario, previa suscripción de la obligación de confidencialidad. Podrá, además, solicitar audiencia a los titulares del Ministerio Público y al funcionario que lleve el sumario. En este procedimiento, es instructor sumariante un magistrado del Tribunal de Disciplina del ámbito en que se desempeña el denunciado (art. 1, Res. CCAMP N° 20/2015). La suspensión de seis a treinta días, la cesantía o la exoneración son recurribles con efecto suspensivo ante el Consejo de la Magistratura. La tramitación del sumario ante la Comisión Conjunta se rige por el Reglamento de Disciplina del Ministerio Público –que, como señalamos, aprueba ella misma–. El régimen disciplinario actual surge de las resoluciones de la Comisión Conjunta N° 10/2008 y N° 20/2015.

TÍTULO SEXTO

Comunas

LAS COMUNAS: EL DESAFÍO PENDIENTE DE UNA DESCENTRALIZACIÓN PARTICIPATIVA

Por Ana Salvatelli y Guillermo Scheibler

Artículo 127

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. Esa ley establece unidades territoriales descentralizadas, cuya delimitación debe garantizar el equilibrio demográfico y considerar aspectos urbanísticos, económicos, sociales y culturales.

LA CIUDAD SE DESCENTRALIZA

Siguiendo el modelo y la tendencia imperante en la mayoría de las grandes ciudades del mundo, el constituyente decidió crear una instancia “descentralizada” de gobierno. Buenos Aires reconocía un antecedente normativo inmediato en los Consejos Vecinales previstos en la Ley Orgánica Municipal¹ que rigió hasta la consagración de la autonomía porteña. La experiencia recogida respecto del funcionamiento de estos órganos² –electivos pero sin competencias ejecutivas ni presupuesto– entre 1983 y 1995 influyó en el modo en que se diseñó el capítulo “Comunas” durante la Convención Constituyente. Al margen de las distintas posiciones y perfiles con que se pretendió encarar la descentralización de la Ciudad, existió amplio consenso en la Convención acerca de la necesidad de avanzar en tal dirección.

1. Decreto-Ley N° 19987/1972.

2. Ver Verrastro, Osvaldo, “Consejos vecinales: la descentralización que no fue”, en Grillo, Oscar [comp.], *Estudios sobre el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires - La reforma política*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1993, p. 133.

Así, se sostuvo que la idea es “la modificación de un modelo de gestión centralista y burocrático que heredamos e imperó aquí en Buenos Aires desde 1880, donde el vecino carecía de identidad para hacer llegar sus inquietudes y demandas”;³ que “la totalidad de los partidos representados en esta Convención comparten la idea de que las nuevas instituciones de la Ciudad deberán favorecer una mayor participación y control del ciudadano sobre la acción del gobierno” y que “el otorgamiento de cuotas de poder a las zonas postergadas contribuirá a impulsar su recuperación económica y social”.⁴

La descentralización de la Ciudad en comunas se enmarca en la organización de “sus instituciones autónomas como democracia participativa”.⁵ Se ha resuelto que tal calificación no es en absoluto menor o inocua, y que la participación de la que habla la Constitución implica que la democracia es desde el ciudadano, para él y por él, pero en especial *con él*⁶ y que el *principio de participación* impregna todo el texto constitucional.⁷ De allí que se haya consagrado constitucionalmente un verdadero sistema de organismos, garantías y mecanismos que permiten la permanente interacción ciudadana con los poderes constituidos a partir de una adecuada publicidad de toda la información⁸ y documentación atinente a la gestión de Gobierno de la Ciudad.⁹

Ahora bien, es una opinión coincidente que el espacio local es el más adecuado, por su cercanía al ciudadano, para las experiencias participativas, así como para las reformas e innovaciones de determinadas políticas públicas. En ese contexto se ubica la conformación

3. Convencional Elsa Kelly, *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, Buenos Aires, Ed. Jusbairens, 2016, T. 2, p. 382 y ss.

4. Convencional Fernando Finvarb, *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, *op. cit.*, T. 2, p. 387 y ss.

5. Artículo 1 de la Constitución porteña.

6. Sentencia del titular del Juzgado CAyT N° 1 de la Ciudad, Dr. Juan V. Cataldo, al resolver en autos “García Elorrio, Javier María contra GCBA sobre amparo (artículo 14 CCABA)”, Expte. N° 3586/O del 15 de noviembre de 2002.

7. Cámara de Apelaciones CAyT, Sala II, autos “Comercio de Maderas”, LL 2002-A, 984.

8. Ver Scheibler, Guillermo (coord.), *Acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012.

9. Artículos 1 y 105, inc. 1, entre otros de la Constitución.

de una nueva faz del Gobierno local, territorial y funcionalmente más cercana al ciudadano, las “cenicientas porteñas”,¹⁰ las comunas.

¿QUÉ “DESCENTRALIZACIÓN”?

Podríamos reconocer la existencia de un sentido amplio y uno estricto del término “descentralización”. El amplio se asocia a la idea del “gobierno en los barrios”, es decir, una presencia gubernamental difundida en el territorio y no concentrada en sedes centrales. Sin embargo, desde el Derecho Público –y más específicamente el Derecho Administrativo– es necesario efectuar mayores precisiones terminológicas para delimitar los alcances de esta forma de organización administrativa. En efecto, la idea de una presencia territorialmente más cercana a la ciudadanía puede llevarse a cabo a través de distintas técnicas organizacionales, entre las cuales se encuentra la “descentralización”. A diferencia de otras opciones, la descentralización en sentido estricto se caracteriza por la conformación de una nueva persona jurídica, escindida de la Administración central, con patrimonio y competencias propias definidas por un marco normativo superior, no disponible por la autoridad administrativa. Otra modalidad está dada por la desconcentración, que implica la creación de órganos con competencias propias que, sin embargo, siguen integrando la misma persona jurídica de la Administración central, por lo que se encuentran sujetos e inmersos en las relaciones de jerarquía que se dan dentro de los cuadros estatales.¹¹

En el seno de la Convención se presentaron proyectos que contemplaban ambas opciones, sin embargo el resultado del consenso final inclinó clara y categóricamente la balanza hacia una “descentralización” en el sentido estricto del término.

10. Christe, Graciela, “La problemática institucional de las Comunas de la Ciudad de Buenos Aires”, ponencia presentada ante el 1º Congreso de Derecho Administrativo de la Ciudad, organizado por la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disponible en: www.adaciudad.org.ar; también publicado en *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2005.

11. Para profundizar en los conceptos de “descentralización” y “desconcentración” ver Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, FDA, 2013, T. 1, Capítulos XII y XIV, disponible en: www.gordillo.com; Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2011, T. 2, p. 94 y ss.; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, T. 1, Capítulo V.

LAS COMUNAS COMO ENTES DESCENTRALIZADOS

La norma define a la comuna como “una unidad territorial, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que gestiona política y administrativamente la satisfacción del interés público de su comunidad”.

Esta definición constitucional y legal viene compuesta de distintos elementos que podemos tratar separadamente, para una mejor comprensión.

Unidad territorial, con personalidad jurídica y patrimonio propios

Según la Real Academia Española, el término “comuna” ingresa a nuestro idioma desde el francés *commune* y recién su tercera acepción¹² se equipara a “municipio” o “entidad local”. El concepto, utilizado en nuestro Derecho Público provincial, remite a la idea de autogobierno dentro de un pequeño territorio¹³ o de un segmento urbano.¹⁴

Las comunas de la Ciudad son, en efecto, descentralizaciones geográficamente delimitadas sobre un territorio en el que la Junta Comunal ejerce sus competencias de Gobierno local.

Como sabemos, la descentralización es una técnica de transferencia del poder desde un ente central que lo ostenta hacia otros que lo receptan, que aspira, por lo general, a revertir su ejercicio concentrado y centralizado. En cuanto técnica de transferencia del poder, lleva implícita la idea de un núcleo de poder político que se esparce, separándose del centro y constituyendo nuevas unidades con personalidad

12. La primera acepción que recoge la RAE es “grupo de personas que viven juntas sin someterse a las normas sociales establecidas”, y la segunda, “forma de organización social y económica basada en la propiedad colectiva y en la eliminación de los tradicionales valores familiares”. El sesgo ideológico de tales acepciones del término –producto seguramente del recuerdo de la experiencia histórica de la Comuna de París de 1871– no fue ajeno al debate en torno al nombre que se asignaría a los nuevos entes descentralizados. “Alcaldías”, “Juntas de Representantes Zonales”, “Intendencias barriales” y “Comunas” tuvieron sus impulsores y detractores. El consenso final se inclinó hacia la denominación impulsada desde la bancada mayoritaria de la Convención.

13. Villagra, Facundo; Santiago, Julián y Covarrubias Jurado, Mariano, “Las Comunas en la Ciudad de Buenos Aires”, 13/12/2006, *elDial* - DCA6E.

14. Sabsay, Daniel y Onaindía, José M., *La Constitución de los porteños*, Buenos Aires, Errepar, 1995, p. 256.

jurídica propia, es decir, nuevos sujetos de derecho, con aptitud para administrarse a sí mismos.¹⁵

Se ha sostenido¹⁶ que la descentralización se presenta bajo dos grandes formas: una está vinculada a la transferencia de poder político (descentralización política) y la otra a la transferencia de responsabilidades y funciones de administración (descentralización administrativa). La primera se refiere a la capacidad de elaborar, planificar, ejecutar y controlar políticas de gobierno con o sin la capacidad concomitante de determinar legislativamente las normas que regularán su ejercicio; mientras que la descentralización administrativa se limita a la transferencia de responsabilidades y funciones para tomar decisiones administrativas en condiciones de delegación política a un ente local, o simplemente por medio de la ruptura de la cadena jerárquica de una organización estatal.

La descentralización, en sus inicios y durante el transcurso del siglo XIX, fue concebida exclusivamente como la transferencia de funciones de la Administración central a las entidades locales (sobre la base del territorio). Esta es la descentralización territorial. En nuestro medio, la descentralización política o territorial se vincula con el sistema federal de gobierno y las entidades descentralizadas territorialmente poseen en el ámbito en el que actúan, una competencia general para conocer en asuntos administrativos de carácter local.¹⁷

Nos interesa hacer hincapié en que en los entes de base territorial (regiones, provincias, municipios), el territorio es algo más que el espacio físico en que pueden ejercer válidamente sus competencias, es propiamente un elemento constitutivo sin el cual no cabe imaginar su existencia. Sus características suelen ser:

- que su poder se extiende sobre la totalidad de la población existente en el territorio, incluidos los extranjeros;

15. Christie, Graciela E., "La problemática institucional de las Comunas de la Ciudad de Buenos Aires", en VV. AA., *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2005, p. 732, disponible también en: www.adaciudad.org.ar

16. Escolar, Marcelo, "Descentralización política, descentralización administrativa y desconcentración burocrática: controversias en torno al Régimen de Comunas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en Escolar, Marcelo; Badía, Gustavo y Frederic, Sabina (eds.), *Federalismo y descentralización en grandes ciudades: Buenos Aires en perspectiva comparada*, Buenos Aires, Prometeo, 2004, pp. 48 y 49.

17. Ivanega, Miriam M., *Principios de la Administración Pública*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, pp. 162-163.

- que poseen una universalidad de fines, esto es, nada de lo que pueda afectar a las personas que habitan su territorio les es ajeno;
- atribución de poderes públicos superiores, como el poder reglamentario, el tributario, el expropiatorio, capacidad de ser titular de dominio público;
- les corresponde calificar una necesidad como necesidad pública, asumir actividades nuevas, autodeterminar los fines públicos a perseguir, organizar su realización o prestación.¹⁸

Bajo estos conceptos generales y para comprender la decisión constituyente de incorporar las comunas como modo de ejercicio del poder local, nos remitimos a los debates de la respectiva Convención.

Surge allí la referencia a Borja, para quien:

... la descentralización es una respuesta a una situación de centralización, resultado de un proceso histórico (...) solamente a partir de la comprensión de la centralización, sus causas, sus ventajas y sus inconvenientes es que puede plantearse la descentralización y debe intentarse como un proceso global y no solamente administrativo.¹⁹

Y en tal sentido, los constituyentes coincidieron en calificar “el modelo estatal vigente en nuestra ciudad como centralista y burocrático”, que

... [desde el] punto de vista democrático se revela como inadecuado para promover la participación popular, el cambio y el progreso social, mientras que desde un punto de vista funcional produce una grave deficiencia en la satisfacción de determinadas demandas sociales.²⁰

También que el aparato administrativo anterior al establecimiento del régimen de autonomía, dado el tamaño de la sociedad, mayor que la de muchas provincias del país, devino fuertemente concentrado y

18. García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo I* (con notas de Agustín Gordillo), Buenos Aires, Thomson Civitas - La Ley, 2006, p. 384 y ss.

19. Convencional J. M. Argüello, *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996, op. cit.*, T. 2, p. 407.

20. Convencional Fernando Finvarb, *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996, op. cit.*, T. 2, pp. 388 y 389. Ver también Cormick, Hugo, “La descentralización y el Modelo de Gestión Comunal”, en Escolar, Marcelo; Badía, Gustavo y Frederic, Sabina (eds.), *Federalismo y descentralización en grandes ciudades: Buenos Aires en perspectiva comparada, op. cit.*, pp. 250 y 251.

de escasa eficiencia para la solución de múltiples conflictos y necesidades de los ciudadanos.²¹

Por ende, la descentralización del ejercicio del poder local es en concreto una reacción a la concentración existente hasta ese momento en el Gobierno central, pero sobre todo constituye un medio más del sistema ideado para alcanzar la democracia participativa, rescatando las identidades barriales, promoviendo la descentralización funcional y ampliando la participación zonal –sin resquebrajar la unidad de sentido de la gran ciudad–.²² En el mismo sentido lo ha interpretado la jurisprudencia al afirmar que

... [l]as Comunas son una clara manifestación de la democracia participativa. Estas constituyen canales institucionales que exceden el derecho a elegir o ser elegido, pues hacen al ejercicio efectivo de los derechos políticos y civiles a través de una participación real y más activa en la determinación de las políticas públicas.²³

Ahora bien, en lo tocante a su naturaleza jurídica, partimos del supuesto de que se trata de una persona jurídica distinta del Gobierno central, del Poder Ejecutivo y de los restantes poderes, lo cual viene ínsito en la elección de la técnica de la descentralización y así lo establece la propia disposición constitucional.

En consecuencia, también poseen patrimonio propio. En este sentido, la propia Constitución prevé que la ley de presupuesto debe establecer las partidas que se asignan a cada comuna,²⁴ que debe ser un

21. Sabsay, Daniel y Onaindia, José M., *La Constitución de los porteños*, op. cit., p. 255. Agregan estos autores que “ya en 1983, en la memoria municipal se destacaba que el crecimiento de la organización municipal originado por mayores demandas de la comunidad y por una marcada política de centralización de los servicios internos y externos, concentraron las actividades de las distintas reparticiones municipales por falta de capacidad operativa. En consecuencia, corresponde realizar un adecuado planeamiento de los referidos sectores evaluando su organización, procesos y procedimientos en el marco de una política de la descentralización que pueda revertir casos de macrocefalia de determinados organismos municipales”.

22. Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Municipal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2º ed. actualizada, 2001, T. IV, p. 156.

23. Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala II, “Gentili, Rafael Amadeo y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA), Expte. N° 39938/0, 15/02/2013.

24. Lo que hasta la fecha no ha sucedido. Ver Salvatelli, Ana, “Las Comunas de la Ciudad de Buenos Aires: Fortalezas y debilidades de su institucionalidad”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, vol. 443, septiembre 2015.

monto apropiado para el cumplimiento de sus fines y guardar relación con las competencias que se le asignen.²⁵

Por su parte, el artículo 14 de la Ley N° 1777 (Ley Orgánica de Comunas, en adelante LOC) prevé cómo se conforman el patrimonio y recursos de cada comuna.²⁶ Cobran allí un rol fundamental los fondos asignados por la ley de presupuesto y por leyes especiales, por cuanto la gestión depende en sí misma de esta asignación de recursos. Aquí anida una de las actuales debilidades de la institución comunal, como veremos más adelante.²⁷

Naturaleza jurídica

Para intentar desentrañar aún más las características de estos entes, nos parece oportuno resaltar lo que las comunas no son, según la doctrina.

Elas no configuran una nueva fuente de poder autónomo; ellas no persiguen fines políticos propios y distintos del interés general de la Ciudad y su Gobierno, tampoco dictan su Estatuto Organizativo. Carecen de potestad legislativa y por consiguiente, de un órgano deliberativo destinado a dictar normas generales en materias sustantivas, que es en las democracias representativas contemporáneas la fuente primordial del poder político. Carecen, por lo mismo, de potestad tributaria. Su puesta en marcha dependía de la ley que determinara su número, organización y competencias, es decir, los elementos configurativos de su personalidad, de su *comunidad*.²⁸

Las comunas no son municipios. Si bien pueden existir algunos rasgos similares, no se puede afirmar *linealmente* que las comunas sean a la Ciudad Autónoma lo que los municipios son a las provincias.²⁹

25. Ver comentario al artículo 129.

26. Artículo 14: “El patrimonio y los recursos de cada Comuna están formados por: a. los fondos asignados por la ley de presupuesto y por leyes especiales; b. los ingresos originados por actos de disposición; c. las donaciones y legados; d. los bienes que la administración central le transfiera; e. los restantes bienes y derechos que adquiera en el futuro utilizando el presupuesto con el que cuenta”.

27. Ver comentarios a los artículos 128 y 129.

28. Christe, Graciela E., “La problemática institucional de las Comunas de la Ciudad de Buenos Aires”, *op. cit.*, p. 738.

29. En tal sentido, recordemos que conforme el artículo 123 de la Constitución Nacional: “Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en

La propia Constitución de la Ciudad las ha puesto en un nivel distinto al no reconocerles potestades que hacen a la esencia de un régimen municipal, como por ejemplo: crear impuestos, endeudarse financieramente o contar con un órgano legisferante propio.³⁰

Las provincias no pueden desconocer la autonomía municipal, como tampoco limitarla o desnaturalizarla, porque se trata de un condicionamiento que el artículo 5 de la Constitución Nacional impone a los Estados locales para que el Gobierno Federal les garantice el goce y ejercicio de sus instituciones.³¹

La existencia de las comunas porteñas no viene garantizada por la norma suprema nacional, sino por la de la Constitución local, y es dentro de sus alcances que han de desenvolverse y que el Gobierno central deber reconocer y respetar su existencia y competencias.

Ello no nos impide afirmar, habiendo dejado a salvo las diferencias con los municipios, que tan original es la autonomía de la Ciudad, nacida en la reforma de 1994, como el régimen de comunas instituido por la Constitución de la Ciudad.

Sólo dentro de esa singularidad, de una autonomía que tampoco es idéntica a la provincial,³² es que entendemos que las comunas son a la Ciudad de Buenos Aires lo que los municipios a las provincias, *con rasgos propios e igualmente singulares*.

el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero". Esta disposición encuentra por precedente el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Rivademar" (Fallos: 312:326), en el que se tocó el punto neurálgico vinculado a las atribuciones de estas entidades en materia tributaria. Luego, la reforma de 1994 introdujo el concepto de autonomía municipal en el ya referido artículo 123. De este modo, aparece el municipio en el diseño federal argentino como el orden de gobierno de mayor proximidad con la ciudadanía, según ha afirmado el máximo tribunal en 2014 (autos "Intendencia Municipal Capital s/amparo", 11/11/2014).

30. Nápoli, Andrés M. y Vezzulla, Juan M., "Implementando la Ley de Comunas", Documento elaborado para el Consejo del Plan Estratégico de la Ciudad de Buenos Aires. Ver, no obstante haber sido calificadas de "municipios barriales" por el autor, Sabsay, Daniel Alberto, "La cuestión ambiental en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", *La Ley* 2006-F, 1081.

31. Bastera, Marcela y Herrera Bravo, Dante J., "El *status* jurídico de las Comunas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", *LL, CABA*, 2011 (diciembre), p. 599.

32. Nos remitimos a Salvatelli, Ana, *Facultades de jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires: la autonomía negada*, Buenos Aires, Eudeba, 2009. Ver también Ammirato, Aurelio y Mántaras, Pablo, "Buenos Aires, ¿ciudad autónoma? Nuevas reflexiones a más de diez años de la sanción de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)*, vol. 355, Buenos Aires, 2008.

Estos rasgos son:

Entes constitucionales originarios

La creación de los entes descentralizados y autárquicos del Poder Ejecutivo se produce a propuesta de este último (ver atribuciones artículo 104, inciso 10 CCABA) y con aprobación de la Legislatura (ver artículo 80, inciso 17 CCABA).

Contrariamente a ello, *las comunas poseen rango constitucional*, no legal. Fueron incorporadas a la Constitución en el Título Sexto y por ende su existencia no depende de la voluntad del Poder Ejecutivo. Son entes originarios cuya realidad institucional no deriva del ejercicio de competencias propias de los poderes constituidos.³³

No sujetas a relaciones de jerarquía o tutela

La Constitución le asigna al Jefe de Gobierno un rol de coordinador de las distintas áreas del Gobierno central con las comunas (artículo 104, inciso 15 CCABA). No hay entonces vínculos de jerarquía y/o tutela, característicos de las estructuras de la administración centralizada y descentralizada, respectivamente.

Carácter electivo

Las autoridades comunales son electas por voto popular, a diferencia de las meras descentralizaciones administrativas cuyos directores, presidentes, etc. son designados a propuesta del Poder Ejecutivo.

Gestionan el interés público local

Las comunas son portavoces del mandato popular de los residentes en ellas, no limitan su actuación al fin público que justifica la creación de un típico ente descentralizado de la Administración. Deben gestionar el interés público local como un nuevo nivel de gobierno distinto y limitado al ámbito territorial. Ejercen gobierno a nivel local.

Gestión política y administrativa

A las comunas les está encomendado gestionar, en su respectivo ámbito territorial, la política definida y regulada desde las autoridades cen-

33. Scheibler, Guillermo, "Buenos Aires, Ciudad de Comunas", LL 2006-F, p. 1035.

trales, tanto legislativas como ejecutivas.³⁴ Creemos que también pueden ellas determinar y gestionar políticas propias, dentro de la órbita de sus competencias y en tanto se preserve el “interés general de la Ciudad”.

Téngase presente que la gestión comprende todas las actividades de una organización (en lo que nos ocupa, de las comunas): a) el establecimiento de metas; b) el análisis de los recursos disponibles; c) la apropiación económica de estos; d) la evaluación de su cumplimiento y desempeño institucional; y e) la adecuada operación que garantice el funcionamiento de la organización.³⁵

Deben destacarse aquí los principios generales de la gestión comunal, previstos en el artículo 4 de la LOC, a saber:

La descentralización de la gestión pública se rige por los siguientes principios generales: a) Descentralización territorial de la ejecución de los programas presupuestarios que tengan impacto local específico en materia de desarrollo social, cultura, deportes y defensa de consumidores y usuarios, así como en otras materias que hacen a las competencias exclusivas y concurrentes dispuestas. b) Descentralización de la función de control. c) Subsidiariedad de la actuación del Poder Ejecutivo en relación con las competencias de las Comunas. d) Planeamiento concertado y coordinado entre el Poder Ejecutivo y las Comunas. e) Gestión pública participativa. f) Seguimiento Comunal de la gestión del Poder Ejecutivo en el ámbito local. g) Eficacia y eficiencia en la gestión y en la prestación de servicios. h) Desconcentración de la gestión operativa y administrativa. i) Modernización administrativa e incorporación de herramientas alternativas de gestión.

Pues bien, las aludidas acciones deben incardinarse a los principios que la misma LOC se encarga de definir y que van a servir de guía

34. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 359. “Las Comunas son entidades públicas que complementan el diseño constitucional del Poder Ejecutivo –esto lo voy a decir hasta el cansancio como para que quede en la versión taquigráfica: ‘complementan el diseño constitucional del Poder Ejecutivo’–, mediante las cuales lo que se hace es implementar una democracia administrativa (...). Las Comunas, entonces, no podrían ser delegatorias de la función legislativa –ni mucho menos– de la función judicial, sino solamente de funciones de naturaleza administrativa y de política administrativa” (expresiones vertidas por el Diputado Enriquez, 2ª Sesión Especial Legislatura CABA, versión taquigráfica N° 21, 08/06/2005).

35. Ivanega, Miriam M., “La Administración Pública del siglo XXI: Entre la utopía y la realidad”, *La Ley* 02/03/2011, 1.

para interpretar todas aquellas situaciones dudosas o conflictivas de la gestión comunal.

Satisfacción del interés público de su comunidad

Todo el diseño de instituciones participativas que prevé la Constitución –entre las cuales las comunas ocupan un rol preponderante– presupone un nuevo tipo de ciudadano, activo, participante, crítico, que se diferencia del ciudadano tradicional, aquel que sólo se afirma mediante demandas aisladas o que apenas ejerce su ciudadanía en ocasión del voto o por medio de revueltas aisladas e impotentes.³⁶ A más de ello, se destacan en importancia los vínculos vecinales, es decir, los que ligan a aquellos sujetos que coinciden en un interés común respecto de cuestiones que tienen su asiento en el ámbito territorial sobre el que se extenderá la comuna.³⁷

Se ha dicho al respecto que las comunas representan un nuevo modelo de gestión y participación de las personas en el campo de la planificación y ejecución de las políticas públicas, esto es, un modo de profundizar los consensos a través de la creación de espacios locales de interacción entre vecinos y Gobierno.³⁸ Asimismo, que deben ser analizadas bajo el prisma de tratarse de instrumentos de participación pública.³⁹

36. Genro, Tarso, “El presupuesto participativo y la democracia”, en Genro, Tarso y de Souza, Urribatan, *Presupuesto Participativo. La Experiencia de Porto Alegre*, Buenos Aires, Eudeba, 1998, p. 21, citado en CCAyT CABA, Sala II, “Desplats, Gustavo María c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, 06/04/2004, Expte. N° 8279-O, cons. 7. También, en las expresiones vertidas por la convencional constituyente Sra. Kelly, se lee: “Asistimos a un nuevo modelo de gestión y participación política, donde el ciudadano es generador de iniciativas de una manera activa. Hoy estamos dejando atrás un modelo obsoleto de gestión, en el que el ciudadano sólo tenía presencia a través del voto” (Convencional Elsa Kelly, *Diario de Sesiones...*, op. cit., T. 2, p. 387 y ss.).

37. Christe, Graciela E., *La problemática institucional de las Comunas de la Ciudad de Buenos Aires*, op. cit., p. 731.

38. Balbín, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007, T. I, p. 702.

39. Morel, Gabriela V., “El derecho a la participación ciudadana en la Administración Pública a través de las comunas. Análisis normativo y jurisprudencial”, *La Ley* 2015-C. “Una idea dominante fue dar vida política a los barrios. A eso responde la previsión de las Comunas. (...) La idea era que el pueblo de la Ciudad discutiese y disputase poder en los barrios, para reforzar la sociedad ciudadana: sociedad no es estar juntos, sino interactuar. (...) El objetivo era la reconstrucción de la sociedad en los barrios, para configurar en el medio urbano condiciones lo más cercanas posibles a las del pequeño entorno” (expresiones del Dr. Raúl E. Zaffaroni –convencional constituyente– vertidas

En consonancia con lo que acabamos de exponer, nos interesa destacar el artículo 3 de la LOC, en cuanto establece que

... [a] los efectos de la aplicación e interpretación de esta ley, se entiende que la misma tiene por finalidad: a) Promover la descentralización y facilitar la desconcentración de las funciones del Gobierno de la Ciudad, preservando su integridad territorial. b) Facilitar la participación de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones y en el control de los asuntos públicos. c) Promover el desarrollo de mecanismos de democracia directa. d) Mejorar la eficiencia y la calidad de las prestaciones que brinda el Gobierno de la Ciudad. e) Implementar medidas de equidad, redistribución y compensación de diferencias estructurales a favor de las zonas más desfavorecidas de la ciudad. f) Preservar, recuperar, proteger y difundir el patrimonio y la identidad cultural de los distintos barrios. g) Consolidar la cultura democrática participativa. h) Cuidar el interés general de la Ciudad. i) Asegurar el desarrollo sustentable.

La Constitución local y la Ley Orgánica de Comunas han canalizado esta participación, tanto desde un punto de vista orgánico como procedimental. Por un lado, a través del Consejo Consultivo Comunal⁴⁰ que debe funcionar en cada una de ellas, y por el otro, de los diversos mecanismos de participación –audiencia pública, iniciativa popular, referéndum y consulta popular, derecho de acceso a la información, revocatoria de mandato y presupuesto participativo⁴¹ que rigen en el ámbito comunal en todo cuanto sean aplicables. Ello viene enfatizado por el artículo 38 de la LOC, en tanto hace mención expresa de los procedimientos o mecanismos a través de los cuales se cristaliza la participación ciudadana en las comunas porteñas, como meta propia y espíritu de la descentralización territorial.

La determinación del interés público a satisfacer se encuentra así enriquecida por el aporte que pueda surgir de la ciudadanía, y ya no es monopolizada por la autoridad administrativa.

en el Prólogo de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, editada por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad, Buenos Aires, 2010, p. 6).

40. Ver comentario al artículo 131.

41. Ver comentario a los artículos 52, 129 y 131.

EL LARGO Y SINUOSO CAMINO DE LA LEY REGLAMENTARIA

La disposición constitucional que comentamos establece que

... 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.

De manera concordante, 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), y finalmente, la Disposición Transitoria Decimoséptima estableció 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”, razón por la cual, como condición necesaria para poder efectivizar el llamado a elecciones, la ley orgánica debía ser dictada no más allá de 2001, momento en que se cumplían los cinco años de la sanción de la Constitución porteña de 1996.

Lo cierto es que la Ley Orgánica de Comunas N° 1777⁴² fue sancionada el 1° de septiembre de 2005, ya vencido con holgura el plazo previsto por el constituyente.

La situación previa

El dilatado proceso de sanción de la LOC merece un repaso sobre algunas cuestiones que lo rodearon, las cuales dan un marco a sus características y otorgan elementos para entender o interpretar el proceso de marchas y contramarchas de la descentralización porteña.

En virtud de las disposiciones de la inconstitucional Ley N° 24620, que convocó a la elección simultánea de los sesenta convencionales constituyentes y “del Jefe y Vicejefe de Gobierno de la Ciudad”⁴³ para el 30 de junio de 1996, la Convención sesionó condicionada por el hecho

42. BOCBA N° 2292 del 07/10/2005.

43. Adviértase que al convocar a la elección de un Jefe y Vicejefe de Gobierno, el Congreso Nacional invadió competencias de la Convención ya que determinó una forma específica de gobierno, aventando la posibilidad de instalar un sistema con elementos

de que ya existía un titular del novel Poder Ejecutivo autónomo, con lo que los representantes vieron de algún modo afectada su actuación por su situación como oficialismo u oposición.⁴⁴

En lo que aquí nos ocupa, y descripto de un modo muy sintético, las tres bancadas no oficialistas propiciaron proyectos de profunda descentralización en plazos breves, en tanto que el bloque que correspondía al partido de gobierno propiciaba, en general, una desconcentración gradual.⁴⁵ La cuestión se zanjó mediante el arribo a un consenso entre las dos fuerzas mayoritarias por el cual, si bien se adoptaba un ambicioso esquema de descentralización con competencias exclusivas y concurrentes expresadas en el propio texto constitucional, se difería en el tiempo su delimitación e implementación por ley más allá del término de mandato del por entonces Jefe de Gobierno.

Las especiales circunstancias que sellaron su nacimiento, de alguna manera determinaron la demora en la posterior implementación de las Comunas. Así, cada fuerza que ocupó el Poder Ejecutivo careció de vocación para impulsar la sanción de la ley reglamentaria indispensable para poner en marcha el proceso. En este sentido, adviértase que a fines de 2002, la Justicia, al resolver los planteos que se efectuaron frente al incumplimiento del plazo constitucional para constituir las comunas, si bien concluyó en que el Poder Ejecutivo no había incurrido en una inactividad jurídicamente reprochable, destacó sin embargo que “no parece haber realizado (...) mayores esfuerzos por cumplir con la Constitución, luego de que su único proyecto caducara sin tratamiento”.⁴⁶ Por otra parte, al requerir dos tercios del total de la Legislatura, tampoco la oposición pudo por sí sola cumplir con la manda constitucional. De este modo, los impulsores más vehementes de la descentralización en el seno de la Convención no lo fueron tanto cuando se acercó su turno de ocupar el Ejecutivo y lo fueron menos aún cuando se instalaron en

parlamentaristas. Asimismo, se eligió un Jefe de Gobierno del que se desconocía la extensión de su mandato, sus facultades, etc.

44. La Convención estuvo integrada por 25 representantes del FREPASO, 19 de la Unión Cívica Radical, 11 del Partido Justicialista y 5 de Nueva Dirigencia.

45. Lo expuesto surge de los proyectos presentados en la Convención, que constan en nuestro archivo personal.

46. Apartado XV.3.a. de la sentencia de primera instancia en los autos “García Elorrio, Javier”.

Bolívar 1. Como contracara perfecta de esta misma moneda, recién al finalizar el primer mandato ejecutivo de la Ciudad, su titular envió a la Legislatura un proyecto de ley de comunas.

El proceso legislativo

Como ya expusimos, el constituyente impuso que el detalle de la implementación de las comunas exigiera un consenso agravado del arco político con representación parlamentaria, como un intento de garantizar que la descentralización de Buenos Aires sea asumida como una política de Estado y no como el patrimonio de una facción o gestión determinada. En esta inteligencia se requiere una mayoría agravada de dos tercios del total de la Legislatura para determinar la organización y competencia de las comunas.

En otro orden, resulta necesaria también una ley que reglamente la integración, funcionamiento y relación con la Junta Comunal del organismo consultivo y honorario que debe funcionar en cada comuna conforme al artículo 131.

Si bien el constituyente no estableció específicamente un plazo concreto para la sanción de las leyes necesarias para implementar la descentralización en comunas de la Ciudad, sí lo hizo respecto de la primera elección de los miembros de las Juntas Comunales. La cláusula transitoria 17^a dispuso que debería tener lugar en un plazo no menor de cuatro años ni mayor de cinco años contados desde la sanción de la Constitución, esto es entre el 1º de octubre de 2000 y la misma fecha de 2001. Dicha norma establecía asimismo que hasta entonces el Poder Ejecutivo debería adoptar medidas que facilitasen la participación social y comunitaria en el proceso de descentralización. En ese marco se dictaron numerosas normas, a partir del Decreto N° 13-GCBA-1996, que fueron dando forma al sistema de los Centros de Gestión y Participación (CGP), órganos desconcentrados a los que se les fueron transfiriendo lentamente diversas facultades y servicios de la Administración centralizada, y que en un primer momento funcionaron sobre las mismas jurisdicciones que los antiguos Consejos Vecinales previstos por el Decreto-Ley N° 19987 de 1972.

Una vez transcurrido el plazo constitucional sin haberse convocado a la elección de los integrantes de las comunas, se iniciaron va-

rias acciones de amparo⁴⁷ por la omisión en que habrían incurrido los poderes Ejecutivo y Legislativo, afectando los derechos políticos y electivos de los actores.⁴⁸

El juez actuante concluyó en la existencia de una omisión jurídicamente reprochable –y judicialmente controlable– por parte de la Legislatura y en la afectación de derechos en cabeza de los amparistas, y condenó a la Comisión de Descentralización de la Legislatura a producir despacho sobre cualquiera de los proyectos presentados y someter el proyecto a debate y decisión del pleno. En subsidio, ordenó al Poder Ejecutivo que convocara –junto con la renovación total de autoridades locales de 2003– a elecciones de Juntas Comunales respecto de cada uno de los dieciséis CGP, que ejercerían las facultades que la Constitución otorga a las comunas hasta el dictado de las leyes contempladas en el artículo 127.

A su turno, la Sala I de la Cámara de Apelaciones CAYT confirmó parcialmente la sentencia de primera instancia: revocó la orden dada a la Comisión de Descentralización y en subsidio al Poder Ejecutivo, y dispuso que el Poder Legislativo sancionase durante el período legislativo en curso en ese momento, 2003, la ley prevista por la Constitución.

Vencido ese plazo, aún no se había logrado sancionar la ley de comunas. Una nueva integración de la Legislatura impulsó un inédito proceso de discusión colectiva⁴⁹ que llevó a la Comisión de Descentralización a

47. Autos “March Zambrana, Carlos c/GCBA s/amparo” Expte. N° 3636/2001 y “Acedo, José Luis c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)” Expte. N° 5396/2001. Asimismo, a la causa “García Elorrio” se adhirieron y fueron tenidos por parte diversas personas que se presentaron en la causa, invocando su condición de habitantes (“García Elorrio, Javier M. c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)” 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).

48. Para un análisis detallado de los fallos mencionados en este apartado, ver Danas, Andrea y Gil Domínguez, Andrés, “Las comunas de la ciudad: el ‘gobierno de los jueces’ y la tensión entre derecho y poder en el marco de omisiones inconstitucionales y las distintas formas de reparación”, *elDial.com* DC2C1; Politi, Mariana A., “Un audaz enfoque del control judicial: la omisión inconstitucional del órgano legislativo”, *REDA*, Lexis Nexis, 2003, año 15, p. 688; Grigera, Florencia, “Un fallo jurídicamente sencillo y políticamente complejo: el caso de las Comunas porteñas”, *La Ley* 2004-C, 175; y Hermida, Roberto O., “La utopía de las Comunas en Buenos Aires”, *La Ley* 2004-C, p. 179, entre otros.

49. El 15 de abril de 2004, 58 de los 60 diputados porteños firmaron un “acta compromiso” por la cual se comprometían a: a) sancionar la Ley de Comunas antes del 31 de diciembre de 2004; b) *promover un proceso masivo de información a los ciudadanos y*

realizar reuniones abiertas con los vecinos en cada uno de los barrios de la ciudad. Los principales lineamientos surgidos de esos encuentros, junto con los proyectos de ley con estado parlamentario y los presentados por particulares, fueron los elementos tomados en cuenta para la confección del Despacho de Comisión que aprobó en general el Plenario el 30 de noviembre de 2004. Por fin, el 1º de septiembre de 2005 se sancionó definitivamente la Ley N° 1777, Orgánica de Comunas.⁵⁰

LAS QUINCE COMUNAS

Con criterio, el texto constitucional no avanzó respecto de dos aspectos íntimamente relacionados, como ser la cantidad y delimitación de las comunas; sin embargo, fijó al legislador directivas a seguir. Así, dispuso que la integración territorial de las comunas debe: a) garantizar el equilibrio demográfico y b) considerar aspectos urbanísticos, económicos, sociales y culturales.

Baste recordar los límites de los antiguos Consejos Vecinales,⁵¹ heredados en gran parte por los posteriores CGP, para concluir en

organizar conjuntamente con las organizaciones vecinales, asambleas de debate en todos los barrios de la Ciudad; y c) considerar que las ideas-fuerza que surgiesen como mayoritarias del debate, registradas a través de métodos consensuados y apropiados para su clasificación y cuantificación, tendrían carácter vinculante y serían incorporadas como contenidos básicos de la futura ley. El mismo día se aprobó, en términos similares, la Resolución 35/2004 de la Legislatura, que facultó a la citada Comisión a llevar a cabo, junto con ONG y el Poder Ejecutivo, actividades de difusión y debate relativas a la ley de comunas. En definitiva, se realizaron 46 reuniones barriales, a las cuales se invitó a más de 4.000 organizaciones, de las que unas 700 tuvieron una activa participación. En total concurrieron a las Asambleas Barriales más de 5.000 vecinos y ONG, y dejaron su opinión cerca de 900 participantes. En todas estas reuniones se tomaron actas y grabaciones de los debates mantenidos. Concluido el proceso de discusión referido, se conformó una Comisión Sistematizadora y Sintetizadora integrada por 55 representantes de distintas organizaciones barriales, de la que surgió un documento final con las propuestas recogidas durante el proceso.

50. Para un análisis sistemático de la ley, remitimos a Salvatelli, Ana, *Las Comunas Porteñas*, Buenos Aires, Instituto Buenos Aires de Planeamiento Estratégico - IBAPE, 2011. Ver también Groisman, Enrique, "Ley Orgánica de Comunas de la Ciudad de Buenos Aires", *La Ley* 2006-F, 1204.

51. En general no tuvieron en cuenta factores geográficos ni culturales, con lo que dividían barrios e incluso integraban sectores de la Ciudad separados por importantes barreras urbanísticas, como ser autopistas o vías férreas. Ello coadyuvó al sentimiento ciudadano de ajenidad a su respecto.

el acierto de esta previsión constitucional que suministra elementos para garantizar un racional ordenamiento territorial de las comunas.

La definición de una posición sobre el punto no fue una cuestión menor y, muy probablemente, la falta de acuerdo al respecto⁵² haya constituido uno de los principales motivos que demoraron la sanción de la ley.⁵³

Este fue uno de los ejes temáticos sobre los que giraron las consultas vecinales efectuadas por la Legislatura en el proceso de discusión de la ley. De allí se extrajo como conclusión mayoritaria que: a) no debía tomarse como referencia la delimitación geográfica a los por entonces existentes CGP; b) debían articularse las centralidades barriales; y c) la cantidad de comunas debía garantizar una adecuada proximidad de los vecinos.

Ya desde la aprobación de la ley en general, en la sesión de la Legislatura del 30 de noviembre de 2004, al Despacho de Mayoría le seguían numerosas disidencias parciales, generalmente referidas a este capítulo de la delimitación territorial.⁵⁴ Tras el fracaso sucesivo de las

52. Escolar, Marcelo; Frederic, Sabina y Scaramella, Christian, “Centros, límites y territorios: descentralización y reingeniería geográfica en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en Escolar, Marcelo; Badía, Gustavo y Frederic, Sabina (eds.), *Federalismo y descentralización...*, *op. cit.*, p. 275.

53. Sobre el punto cabe una aclaración. Las tradicionales y centenarias 28 circunscripciones electorales poco tienen que ver con las identidades barriales y criterios urbanísticos o culturales. De este modo, la CCABA, al exigir su modificación, afectaba el sistema de poder territorial interno de los partidos políticos del distrito.

54. La mayoría postulaba que el Anexo previera la división de la Ciudad en diez comunas. Por otro lado, con fundamento en que la población de las comunas fuera más reducida, para favorecer la participación efectiva de los habitantes y la gestión sobre un territorio menor, a más de alcanzar agrupaciones de barrios con un grado mayor de relación histórica y cultural entre sí, una de las disidencias proponía la división territorial en doce comunas. Otra de las disidencias basada en las “ideas fuerza volcadas por la Comisión Sistematizadora y Sintetizadora que surgieron con más recurrencia en las reuniones desarrolladas para la discusión de la presente ley, tanto con asesores como con vecinos y diputados”, sostuvo que la delimitación y cantidad de las comunas debía responder a los siguientes criterios: respeto de las identidades barriales, respeto de los límites actuales de los barrios establecidos por Ordenanza N° 26607, equidad demográfica; articulación de las centralidades barriales, con mejor accesibilidad a las sedes; conformación de las comunas de menor cantidad de población con los barrios con tendencias de crecimiento demográfico positivo; facilitación de la adaptación de las distintas delimitaciones administrativas actuales, como por ejemplo los distritos escolares. Finalmente, otra disidencia proponía la división de la ciudad en quince comunas, teniendo en cuenta los barrios establecidos en la Ordenanza N° 26607 y sus modificatorias.

sesiones en que intentó resolverse esta cuestión, recién pudo sancionarse el texto definitivo el 1° de septiembre de 2005 con el voto de cincuenta y dos (52) diputados y diputadas.

Finalmente, la ley definió la creación de quince (15) comunas que agrupan entre uno y seis barrios,⁵⁵ conforme el siguiente detalle: Comuna 1 (Retiro, San Nicolás, Puerto Madero, San Telmo, Monserrat y Constitución), Comuna 2 (Recoleta), Comuna 3 (San Cristóbal y Balvanera), Comuna 4 (La Boca, Barracas, Parque Patricios y Nueva Pompeya), Comuna 5 (Almagro y Boedo), Comuna 6 (Caballito), Comuna 7 (Flores y Parque Chacabuco), Comuna 8 (Villa Soldati, Villa Riachuelo y Villa Lugano), Comuna 9 (Parque Avellaneda, Liniers y Mataderos), Comuna 10 (Villa Real, Montecastro, Versalles, Floresta, Vélez Sársfield y Villa Luro), Comuna 11 (Villa General Mitre, Villa Devoto, Villa del Parque y Villa Santa Rita), Comuna 12 (Coghlan, Saavedra, Villa Urquiza y Villa Pueyrredón), Comuna 13 (Belgrano, Núñez y Colegiales), Comuna 14 (Palermo), y Comuna 15 (Chacarita, Villa Crespo, Paternal, Villa Ortúzar y Agronomía).⁵⁶

Con posterioridad, los límites comunales fueron precisados en las leyes N° 2094,⁵⁷ 2329⁵⁸ y 2650.⁵⁹

Mapas yuxtapuestos

Hasta la actualidad conviven en Buenos Aires múltiples mapas superpuestos, generalmente no coincidentes entre sí, relativos a distintas facetas del quehacer administrativo local y federal. A modo simplemente de ejemplo, y sin perjuicio de la existencia de muchos otros,

55. Para la delimitación de los barrios se tuvo en cuenta lo dispuesto por la Ordenanza N° 26607 de 1972 y sus modificatorias, Ordenanza N° 51163 de 1996 y Ley N° 1907 de 2005.

56. Legislatura de la Ciudad, Acta de la 3ª Sesión Especial 01/09/2005, versión taquigráfica N° 35. En el recinto se cuestionaron diversos aspectos de la división propuesta pero primó el consenso y el compromiso de llegar a sancionar la norma antes del cierre del año parlamentario. Puede ampliarse esta información consultando la versión taquigráfica que mencionamos, disponible en: www.legislatura.gov.ar. También, para profundizar sobre los criterios que orientaron las propuestas resulta ilustrativa la versión taquigráfica N° 26, correspondiente al Acta de la 3ª Sesión Especial de la Legislatura, que tuvo lugar el 28/06/2005.

57. BOCBA N° 2558 (03/11/2006).

58. BOCBA N° 2700 (07/06/2007).

59. BOCBA N° 2910 (16/04/2008).

cabe enunciar los siguientes: a) las comunas, b) las secciones electorales, c) los Distritos Escolares, d) las circunscripciones del Registro Civil,⁶⁰ e) las secciones de las comisarías, f) los barrios delimitados por la Ordenanza N° 26.607 (ref. por Ord. N° 51.163 y por Ley N° 1907), etc.

La delimitación de las comunas establecida por la LOC pretende asimismo otorgar coherencia a la distribución geográfica de las competencias administrativas, por lo que dispuso en su artículo 52 que todas las divisiones territoriales de la Ciudad, cualquiera sea su propósito, deben ajustarse a lo dispuesto en ella en un plazo que no supere los tres años contados a partir de la sanción de dicha norma. Asimismo se precisa que, a tal efecto, puede dividirse una comuna o sumarse dos o más, pero no tomar fracciones de ellas para delimitar una zona.

Respecto de las áreas o dependencias que tengan competencias territoriales en la Ciudad y que aún dependan de la órbita federal merced a las limitaciones impuestas por la Ley N° 24588, se dispone que la readecuación dispuesta quedará pendiente hasta tanto una reforma legislativa o los tribunales competentes habiliten su procedencia, sin perjuicio de lo cual se impuso al Poder Ejecutivo local la obligación de convenir con las autoridades correspondientes la unificación de las respectivas jurisdicciones.

Si bien el plazo legal se encuentra holgadamente vencido, el ordenamiento territorial de las diversas competencias administrativas *en clave comunal* no registra avances significativos, ni siquiera entre las cuestiones que resultan competencias del Gobierno de la Ciudad.

DENOMINACIÓN DE LAS COMUNAS

En cuanto a la denominación de cada una de las comunas, la LOC establece en su artículo 6 que se identifican de la manera consignada en su anexo –esto es, por su número respectivo allí detallado–, hasta tanto los electores de cada una la definan mediante consulta popular⁶¹ convocada por la Junta Comunal. El objetivo es lograr

60. Sobre su evolución histórica, ver la interesante obra editada bajo la Dirección de Ivana Centanaro: *El Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, GCBA - Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires, 2005, p. 36.

61. La consulta popular como mecanismo participativo viene establecida en el artículo 66 de la Constitución porteña y fue reglamentada por la Ley N° 89 (BOCBA N° 585 del 03/12/1998).

una mayor identificación entre los vecinos y las comunas a través de la utilización de un medio de participación directa en el ámbito de cada una. Concluido el proceso de consulta, la Junta Comunal debe remitir un proyecto de ley⁶² con la denominación propuesta para su tratamiento en la Legislatura de la Ciudad.

Al respecto, merece destacarse la reciente experiencia de la Comuna 9 (Liniers, Mataderos y Parque Avellaneda). El 5 de julio de 2015, junto con las elecciones de autoridades porteñas, se llevó a cabo la primera consulta popular de la Ciudad de Buenos Aires⁶³ convocada por la Junta Comunal respectiva a fin de que los vecinos se pronunciaran sobre si aprobaban o no que la Comuna 9 pasara a denominarse “Lisandro de la Torre”.⁶⁴ La propuesta fue aprobada por muy amplio margen y se encuentra actualmente en pleno trámite legislativo.

Cabe también recordar la obligación legal⁶⁵ de incorporar a los carteles, frentes o cualquier elemento que contenga denominación de edificios, espacios verdes, calles o cualquier otro sitio perteneciente a la Ciudad, el número de comuna correspondiente. Y lo propio respecto de los escritos emanados de organismos públicos que contengan direcciones de domicilio.

Artículo 128

Las Comunas ejercen funciones de planificación, ejecución y control, en forma exclusiva o concurrente con el Gobierno de la Ciudad, respecto a las materias de su competencia. Ninguna decisión u obra local puede contradecir el interés general de la Ciudad.

Son de su competencia exclusiva:

- 1. El mantenimiento de las vías secundarias y de los espacios verdes de conformidad a la ley de presupuesto.**
- 2. La elaboración de su programa de acción y anteproyecto de presupuesto anual, así como su ejecución. En ningún caso las Comunas**

62. Se trata de una manifestación de la competencia de iniciativa legislativa que tiene la Junta, conforme el artículo 128 de la Constitución y el artículo 10 de la Ley Orgánica de Comunas (LOC).

63. Ver Scheibler, Guillermo, “El debut de la consulta popular porteña”, *Newsletter* N° 32 del 5 de junio de 2015, Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, disponible en: www.adaciudad.org.ar

64. La denominación propuesta “remite, en cuanto a la identidad comunal, a la empresa de faenado bovino fundada en 1923, ubicada en el barrio de Mataderos”.

65. Ley N° 3473.

pueden crear impuestos, tasas o contribuciones, ni endeudarse financieramente.

3. **La iniciativa legislativa y la presentación de proyectos de decretos al Poder Ejecutivo.**
4. **La administración de su patrimonio, de conformidad con la presente Constitución y las leyes.**

Ejercen en forma concurrente las siguientes competencias:

1. **La fiscalización y el control del cumplimiento de normas sobre usos de los espacios públicos y suelo, que les asigne la ley.**
2. **La decisión y ejecución de obras públicas, proyectos y planes de impacto local, la prestación de servicios públicos y el ejercicio del poder de policía en el ámbito de la comuna y que por ley se determine.**
3. **La evaluación de demandas y necesidades sociales, la participación en la formulación o ejecución de programas.**
4. **La participación en la planificación y el control de los servicios.**
5. **La gestión de actividades en materia de políticas sociales y proyectos comunitarios que pueda desarrollar con su propio presupuesto, complementarias de las que correspondan al Gobierno de la Ciudad.**
6. **La implementación de un adecuado método de resolución de conflictos mediante el sistema de mediación, con participación de equipos multidisciplinarios.**

PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS

Ante todo, al analizar la cuestión de las competencias comunales debemos destacar una *idea fuerza* que fue abordada en el debate de la Convención Constituyente de 1996 y que surge del artículo en comentario. Se trata de puntualizar que el régimen de descentralización que importan las comunas, a la vez que persigue garantizar un manejo más participativo de gestión política y administrativa, no debe romper

... la unidad esencial que debe tener el Gobierno de la Ciudad para garantizar los intereses comunes de ella (...) el proyecto de texto constitucional que estamos proponiendo deja perfectamente en claro la prioridad absoluta de la preservación de la unidad política y presupuestaria y del interés general de la ciudad, dándole prevalencia por encima de cualquier interés o decisión local.⁶⁶

66. Expresiones de la Convencional Elsa Kelly, *Diario de Sesiones...*, op. cit., T. 2, pp. 384 y 385.

La Ley N° 1777 enuncia otro de los principios de interpretación sobre el alcance de las competencias de las comunas,⁶⁷ que definimos como *in dubio pro comuna*. La norma establece que, en caso de duda, hay que estar a la validez de la competencia comunal antes que del Gobierno central. Se refuerza el criterio de interpretación con la prohibición dirigida al Poder Ejecutivo, para que no reasuma competencias que ya fueron descentralizadas en las comunas de modo exclusivo. Por lo demás, esta disposición se vincula con la que consagra la subsidiariedad de la actuación del Gobierno central en relación con las competencias de las comunas.⁶⁸

FACULTADES DE PLANIFICACIÓN, EJECUCIÓN Y CONTROL

La Constitución –y con similar alcance, luego la LOC–⁶⁹ ha enumerado una serie de atribuciones que constituyen el núcleo objetivo de funciones que las comunas deben ejercer a través de su órgano de gobierno, la Junta Comunal.

Creemos que esta enunciación detallada de competencias en el propio texto constitucional representa una fortaleza de su diseño,⁷⁰ pues sólo podría ser modificada a través de la reforma de la misma Constitución. Al mismo tiempo, la rigidez que implica ese detalle es salvada por las disposiciones de la LOC y demás normas especiales, como veremos más adelante.

La norma en comentario comienza por formular, con carácter general, que las comunas ejercen funciones “de planificación”, que consistirían en el diseño y la elaboración de las políticas públicas y los programas que se llevarán adelante en su ámbito territorial,⁷¹ como por ejemplo el programa de acción, el anteproyecto de presu-

67. “En caso de duda en cuanto a la extensión y alcance de las competencias exclusivas y concurrentes, las mismas deben ser interpretadas a favor de las Comunas. El Poder Ejecutivo no puede ejercer las funciones derivadas de las competencias exclusivas de las Comunas” (artículo 9).

68. Artículo 4, inciso c, LOC.

69. Artículos 9, 10 y 11.

70. Salvatelli, Ana, “Las Comunas de la Ciudad de Buenos Aires: Fortalezas y debilidades de su institucionalidad”, *op. cit.*

71. Nápoli, Andrés M., y Vezzulla, Juan M., “Implementando la Ley de Comunas”, *op. cit.*

puesto, la iniciativa legislativa y presentación de proyectos de decretos al Ejecutivo de la Ciudad.⁷²

Luego se mencionan las facultades “de ejecución”, relacionadas con el carácter de *jurisdicción*⁷³ de la comuna, por el que ejecuta –administra y dispone– las partidas presupuestarias que se le han asignado.

Finalmente, en cuanto a la “función de control”, el diseño del ejercicio descentralizado del poder volcado hacia la participación popular implica un nuevo sistema de control de la acción del Ejecutivo de la Ciudad. Esta función importa la facultad de controlar y hacer cumplir las normas, tanto por parte de los particulares como de las acciones desarrolladas por el Gobierno central, dentro del territorio comunal.

A esta formulación general de competencias de planificación, ejecución y control, le sigue un deslinde entre las facultades que son exclusivas de las comunas y otras cuyo ejercicio es concurrente con el Gobierno central.

PRECISIÓN DE COMPETENCIAS EXCLUSIVAS Y CONCURRENTES

Según el diseño constitucional y legal, las funciones de planificación, ejecución y control se ejercen respecto de una serie de materias o asuntos de modo exclusivo (es decir, por decisión de la propia comuna), o *concurrente*, cuando tanto la comuna como el Gobierno central tienen decisión al respecto.

Las competencias exclusivas comprenden aquellas áreas de gestión pública en las que la responsabilidad básica recae sobre la comuna, mientras que son concurrentes las competencias que pueden ser ejercidas tanto por el Gobierno central de la Ciudad como por la comuna.⁷⁴ Respecto de esto último, es importante tener presente que entre las atribuciones y facultades del Jefe de Gobierno se encuentra la de co-ordinar “las distintas áreas del Gobierno Central con las Comunas”.⁷⁵

72. Sabsay, Daniel y Pizzolo, Calogero (h), “Directrices de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires en materia de Comunas”, *Creación de las Comunas en la Ciudad de Buenos Aires*, informes de la Comisión Consultiva, noviembre 1999, GCBA - Programa de descentralización y modernización, p. 9.

73. Ley N° 70, artículo 6 (ver el comentario del artículo 129).

74. Groisman, Enrique I., “Ley orgánica de Comunas de la Ciudad de Buenos Aires”, *La Ley* 2006- F, 1204.

75. Artículo 104, inciso 15 de la Constitución.

COMPETENCIAS EXCLUSIVAS

La Constitución y la Ley Orgánica de Comunas⁷⁶ detallan cuáles son aquellas competencias que podrán ser ejercidas exclusivamente por las Juntas Comunales. Ellas son:

Mantenimiento de las vías secundarias y de los espacios verdes

La LOC precisa el precepto detallando que son competencias exclusivas de las comunas:

- i) La planificación, ejecución y control de los trabajos de mantenimiento urbano de las vías secundarias y otras de menor jerarquía, según normativa vigente, y ii) La planificación, ejecución y control de los trabajos de mantenimiento de los espacios verdes, de conformidad con la Ley de Presupuesto.⁷⁷

Según surge del Código de Planeamiento Urbano,⁷⁸ las vías públicas se clasifican de acuerdo con su función, como integrantes de las redes Primaria, Secundaria y Terciaria. La Red Vial Secundaria está integrada por las avenidas de mano única, las de doble mano con o sin giro a la izquierda y las calles o pares de calles de distribución. Su función es la de ser colectoras y distribuidoras que conectan los centros generadores de tránsito entre sí y con la Red Primaria. Absorben el máximo caudal de transporte público automotor y sirven de interconexión entre diferentes áreas urbanas.

Por su parte, la Red Vial Terciaria está compuesta por las calles de acceso o servicio local, los pasajes y las calles peatonales y pertenecen a ella todas las calles de la ciudad que no integran las redes Primaria o Secundaria. Su función es servir al tránsito local.

Estimamos que estas son las vías aludidas en las normas arriba transcritas, como de competencia exclusiva de las comunas.

También es del caso referir que, en el documento elaborado para el Plan Estratégico de la Ciudad,⁷⁹ se definen como vías secundarias:

76. Artículos 9, 10 y 11 LOC.

77. Artículo 10 LOC.

78. Ley N° 449, BOCBA N° 1004, 09/12/2000, actualizado al 31/12/2002, Sección 6. Sistema Vial. AD 610. 30/33.

79. Nápoli, Andrés M., y Vezzulla, Juan M., "Implementando la Ley de Comunas", *op. cit.*

... los espacios de cualquier naturaleza abiertos al tránsito o librados al uso público por el Gobierno de la Ciudad e incorporados al dominio público que sean calles, pares de calles, callejones, pasajes, calles peatonales, sendas y pasos, con excepción de las que integran la Red de Tránsito Pesado (Ley N° 216), las calles adyacentes y de acceso a terminales ferroviarias o de ómnibus.

Según ese mismo documento, las tareas de mantenimiento comprenderían:

... aseó; repavimentación y preservación de calles; reparación y aseó de aceras; adoquinado; demarcación, mantenimiento y reposición de la señalización horizontal y vertical; control y mantenimiento de instalaciones de alumbrado público; preservación y construcción de sendas para bicicletas y rampas para discapacitados; limpieza y mantenimiento de sumideros; supervisión, control, certificación y priorización de la recolección de residuos; y todas aquellas que sean necesarias para el cumplimiento de la tarea que se descentraliza en las Comunas.

En lo que respecta a los espacios verdes, surge de los debates en la Legislatura que en la Ciudad de Buenos Aires, a la fecha del debate (2005), los Centros de Gestión y Participación (antecedente de órganos desconcentrados utilizados como transición hacia el régimen de comunas) administraban los espacios verdes cuya superficie era menor a dos hectáreas.⁸⁰

La LOC prefirió no adoptar un criterio restrictivo en este sentido, basado en la dimensión del parque. Por eso el límite a la competencia comunal vendrá impuesto por lo que determine la Ley de presupuesto, ahí es donde por la voluntad mayoritaria se definen los alcances del mantenimiento y los recursos para hacerlo.⁸¹

Se ha señalado⁸² que los espacios verdes comunales comprenden las plazas, plazoletas, jardines, canteros, paseos parqueizados, patios recreativos, espacios verdes bajo autopistas y todo otro que, mediante

80. Expresiones del diputado Velasco, versión taquigráfica de la sesión especial del 1° de septiembre de 2005 de la Legislatura de la CABA, p. 31.

81. *Ibidem*, expresiones del legislador Rebot, p. 33.

82. Nápoli, Andrés M. y Vezzulla, Juan M., "Implementando la Ley de Comunas", *op. cit.* El Código de Planeamiento Urbano define el espacio verde público como el "área destinada a uso público parqueizado o agreste cuya característica es el predominio de especies vegetales y suelo absorbente" (Sección 1. Generalidades).

los respectivos convenios y dadas sus características, se asimile a los anteriormente enunciados.

Este criterio excluye expresamente los clasificados como parques por el Código de Planeamiento Urbano, los espacios verdes que integren Áreas de Protección Histórica (APH), el mantenimiento de las plazoletas que forman parte del trazado de las vías a cargo de la Administración central y las que por convenio se determinen.

En cuanto a las tareas a cargo de las comunas, estarían comprendidas todas aquellas que sean necesarias para la preservación y la mejora de calidad de dichos espacios, como la limpieza; la plantación, poda, desrame, mantenimiento y riego de árboles en la vía pública; el servicio de guardianes; la reparación y preservación de todas sus instalaciones; un relevamiento sanitario permanente de la masa forestal y la necesaria reforestación.

Elaboración de su programa de acción y anteproyecto de presupuesto

La LOC precisa: “la elaboración participativa de su programa de acción y anteproyecto de presupuesto anual, su ejecución y la administración de su patrimonio”.

De estas disposiciones se desprende la función de planificación más trascendente, que consiste en acordar las metas y objetivos que la comuna pretende alcanzar en cada período, su “programa anual de acción”. La importancia viene de la mano de la contundente y absoluta prohibición que contempla la disposición constitucional transcrita, en el sentido de que las comunas *no* pueden crear impuestos, tasas, contribuciones o asumir cargas financieras, lo cual es coherente con la previsión del artículo 51 de la Constitución de la Ciudad, que establece como principio: “No hay tributo sin ley formal; es nula cualquier delegación explícita o implícita que de esta facultad haga la Legislatura”.

Por ende, como la gestión comunal encuentra su límite en los recursos que el presupuesto⁸³ le asigne para su ejecución descentraliza-

83. El artículo 53 de la CCABA prevé –parte pertinente–: “El presupuesto debe contener todos los gastos que demanden el desenvolvimiento de los órganos del Gobierno central, de los entes descentralizados y comunas, el servicio de la deuda pública, las inversiones patrimoniales y los recursos para cubrir tales erogaciones”. Los recursos necesarios, en cambio, son calculados por la oficina de recaudación del Gobierno de la Ciudad.

da, todo aquello que no se planifique (programa de acción anual) ni integre el anteproyecto de presupuesto, no podrá llevarse a cabo.

La redacción de la LOC, que menciona la elaboración *participativa*, nos impone remitirnos al mandato participativo que rige respecto de la elaboración del presupuesto.⁸⁴

El presupuesto participativo consiste en una política pública, en la que la ciudadanía forma parte de la decisión de las prioridades de gastos en obras y políticas del presupuesto municipal, y controla la ejecución de lo así decidido.⁸⁵ Una esfera pública no estatal, en la que la sociedad puede controlar a la Administración, y un nuevo espacio público, en el cual los ciudadanos, organizados y movilizadas por entidades de la sociedad civil, se reúnen con el Gobierno local para debatir y ejercer la influencia sobre las decisiones en materia de asuntos públicos.⁸⁶

Iniciativa legislativa y presentación de proyectos de decreto al Poder Ejecutivo

Consecuentemente, el artículo 85 de la Constitución de la Ciudad establece que “las leyes tienen origen en la Legislatura a iniciativa de alguno de sus miembros, en el Poder Ejecutivo, en el Defensor del Pueblo, *en las comunas* o por iniciativa popular en los casos y formas que establece esta Constitución” (el destacado es nuestro).

Las comunas carecen de facultades o atribuciones de tipo legislativo, y también de competencia para dictar decretos. Sin embargo la importancia de esta atribución radica en la posibilidad de proponer políticas públicas o medidas concretas –cuya implementación exceda su competencia– que las Juntas estimen necesarias, que tengan impacto local pero que a la vez desborden esa órbita e involucren a otra/s comuna/s, o a la ciudad toda.

84. Artículo 52 de la Constitución. Ver también nuestro comentario al artículo 129.

85. Ampliar en Medici, Alejandro, “Presupuestos participativos: derechos y garantías de proximidad. Hacia un marco comprensivo y comparativo de estudio”, UNLP 2008-38, 492; y Scheibler, Guillermo, “Presupuesto participativo: una redefinición de la relación Administración - sociedad civil”, La Ley 2004-C, 1058.

86. CCAyT CABA, “Desplats, Gustavo c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, 06/04/2004, Expte. N° 8279-o (publicado en LL 2004-C, 1059). Ver también Juzgado CAyT N°13, en autos “García Elorrio, Javier María c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. N° 35.421/o, resueltos el 21 de noviembre de 2013 (publicado en La Ley 2014-C, 538; AR/JUR/78474/2013); Sala 1 de la Cámara de Apelaciones CAyT, autos “García Elorrio”, del 30 de junio de 2014.

A través de estas iniciativas se manifiesta uno de los objetivos de la descentralización: que desde lo local, desde los vecinos participando en las comunas, puedan surgir propuestas para el conjunto. Esto es, que la política pública no sólo se genere de arriba para abajo, sino también al revés.

Se ha dicho así que en esta competencia asoma el potencial del poder de la institución comunal, erigida en cauce para el ejercicio de la participación vecinal en la vida de la Ciudad, proyectándose por encima de las cuestiones meramente locales a través de mecanismos de iniciativa para la creación de las leyes y proyectos de actos reglamentarios del Poder Ejecutivo, con alcance para toda la ciudad.⁸⁷

En uso de esta facultad, la Junta de la Comuna 9 elevó un proyecto de ley a fin de denominar “Lisandro de la Torre” a esa comuna. La propuesta se realizó –en los términos del artículo 6 de la LOC– tras haberse realizado una consulta popular que aprobó por amplia mayoría la iniciativa.⁸⁸

La administración de su patrimonio⁸⁹

De conformidad con la Constitución y las leyes, la comuna podrá ejecutar todos los actos jurídicos de administración –no de disposición– de su patrimonio que estime adecuados para el desenvolvimiento de sus fines. Se ha afirmado que es esta la competencia exclusiva más importante de las comunas, porque sólo admitirá controles ulteriores en su ejecución.⁹⁰

Competencia residual

La LOC agrega que, “en general, [la Comuna podrá] llevar adelante toda acción que contribuya al mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes y al desarrollo local, en tanto no implique menoscabo de la ciudad en su conjunto y/o de las demás jurisdicciones Comunales”.⁹¹ Se suma así esta atribución de tipo residual, que abarca todas aquellas

87. Christie, Graciela “La problemática institucional de las Comunas de la Ciudad de Buenos Aires”, *op. cit.*

88. Ver más información sobre esta cuestión en nuestro comentario al artículo 127.

89. Remitimos aquí a nuestro comentario al artículo 129.

90. Quiroga Lavié, H., *Constitución de la Ciudad*, *op. cit.*, p. 362. Salvo por denuncias de irregularidades o violación de los derechos que motiven intervenciones específicas en la gestión administrativa.

91. Artículo 10, inciso e, LOC.

acciones que contribuyan a la mejor calidad de vida de los habitantes y al desarrollo local.

Es frecuente que la atribución de competencia sea acompañada de una cláusula de este tipo porque resulta difícil prever desde el inicio todas las acciones que el ente puede desarrollar. De esta forma, guiada por un criterio de finalidad –mejoramiento de la calidad de vida y desarrollo local– y limitándola al ámbito territorial, la ley deja abiertas a definiciones ulteriores otras medidas que la comuna pretenda desarrollar por fuera de las taxativamente previstas.

Entendemos que ello no constituye un riesgo en particular porque en el caso que requiriera de fondos para su ejecución, necesariamente deberá obtener la aprobación del anteproyecto primero en el Consejo Intercomunal, y después como presupuesto por la Legislatura, con lo cual existirá control del ejercicio de estas competencias.

COMPETENCIAS CONCURRENTES

Son concurrentes las competencias que pueden ser ejercidas tanto por el Gobierno central de la Ciudad como por la comuna.⁹² El tema resulta arduo porque se refiere a una amplia gama de situaciones, por lo que pueden superponerse funciones y conflictos suscitados por la aplicación, a un mismo hecho, de actos administrativos válidos en sí, pero contradictorios. Sobre el punto, en caso de conflictos y más allá de las obvias diferencias existentes entre las personas públicas involucradas, puede ser de utilidad recurrir a la doctrina elaborada al respecto en el seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁹³

Fiscalización y control de cumplimiento de normas sobre usos de espacios públicos y suelo

La LOC precisa:

... la fiscalización y el ejercicio del poder de policía, de las normas sobre usos de los espacios públicos, suelo y las materias que resulten de

92. Groisman, Enrique I., “Ley orgánica de comunas de la Ciudad de Buenos Aires”, *La Ley* 2006- F, 1204.

93. Realizamos un breve repaso en Scheibler, Guillermo, “El control jurisdiccional de las reglamentaciones locales en la economía. Entre la inercia centralista y el pragmatismo”, *Revista de Derecho Público* 2014-2: *Las regulaciones estatales de la economía en Argentina*, p. 271.

los convenios que se celebren a tal efecto, a través de órganos con dependencia administrativa y sede en la Comuna.

Se trata del ejercicio del “poder de policía”, esto es, la supervisión del cumplimiento de las leyes dictadas por el Legislativo reglamentando derechos en pos del interés común. La construcción de los conceptos de poder de policía y policía⁹⁴ tiene en nuestro medio, como punto de partida, la previsión constitucional de que los principios, derechos y garantías no son absolutos, sino que su ejercicio es reglamentado por el Congreso con el único límite de no alterar su espíritu (artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional).

A su vez, la norma define las *materias* a las que esta actividad se refiere –en el caso, usos de espacios públicos y suelo–, dejando abierta la posibilidad de otras, a través de convenios.⁹⁵

Respecto de las primeras hay que tener presente que la norma dictada en ejercicio del poder de policía, cuyo cumplimiento debe fiscalizarse, es el Código de Planeamiento Urbano. Señala este en su Sección 1, punto 1.1.1, que sus disposiciones:

... alcanzan y rigen todos aquellos asuntos relacionados directa o indirectamente con el uso del suelo, de los edificios, estructuras e instalaciones, la apertura y ensanche de vías públicas, la subdivisión y englobamiento de parcelas, los volúmenes edificables, el tejido urbano, la preservación de los ámbitos históricos, arquitectónicos, ambientales y paisajísticos y con todos aquellos aspectos que tengan relación con el ordenamiento urbanístico del territorio de la Ciudad. Lo precedente debe considerarse como enunciativo y no debe interpretarse como limitación a la aplicación de estas normas a cualquier otro supuesto previsto en el mismo.

94. Seguimos aquí a Diez, Manuel M., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1969, T. IV, pp. 47 y 50; Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, F.D.A., 9ª edición, 2009, T. 2, capítulo V, disponible en: www.gordillo.com; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, T. I; Fiorini, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1968; Villegas Basavilbaso, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Tea, 1954, T. V, p. 89 y ss.; Ivanega, Miriam, “De nuevo acerca del poder de policía”, en *Suplemento La Ley Constitucional*, 15/03/2007, p. 43. Todos han sido citados en nuestro trabajo Salvatelli, Ana, *La responsabilidad del Estado por el uso de armas de fuego reglamentarias bajo situación de estado policial*, Buenos Aires, Ediciones RAP, Colección “Thesis”, 2012.

95. Se ha avanzado en esta dirección mediante el dictado del Decreto N° 453-GCBA-2012 (ver comentario en detalle más adelante).

Por otra parte, define el espacio público como aquel “destinado al uso público existente por encima de las calles, avenidas y plazas y del que participan la vista de las fachadas, los pavimentos, aceras, y sectores parqueizados”.⁹⁶

Por ser de tipo concurrente la facultad que estamos analizando, su concreción exige, a la vez de las comunas y del Gobierno central, de una norma –legal o reglamentaria– que defina las injerencias de una y otra jurisdicción, o que se logren acuerdos que se reflejen en el presupuesto, discriminando en programas las acciones que llevará a cabo cada uno.

En su momento, estimamos que era un elemento positivo la facultad de poder efectuar de modo concurrente con el Gobierno central el control del uso del espacio público y el ejercicio del poder de policía,⁹⁷ como un modo más de avanzar en una nueva fractura del poder,⁹⁸ potencialmente capaz de generar controles recíprocos de ambos niveles de gobierno en un tema particularmente sensible en nuestra Ciudad.

Obras y servicios públicos de impacto local

Se trata de relevantes competencias, de compleja materialización y que sólo podrían llevarse adelante a escala comunal y en la medida en que se cuente con presupuesto aprobado legalmente para ello.

Evaluación de demandas y necesidades sociales, la participación en la formulación o ejecución de programas

La comuna debe contribuir a individualizar cuáles son las necesidades de los vecinos y sus requerimientos, para lograr canalizarlas ante el Gobierno central. Son las comunas las que se encuentran en mejor situación para apreciar en forma directa esas necesidades y actuar eficazmente sobre ellas.

Participación en la planificación y control de los servicios

La comuna es el territorio donde los servicios se prestan, por eso se transforma en un actor privilegiado para contribuir a su control y fiscalización.

96. CPU Sección 1. Punto 1.2.1.3.

97. Scheibler, Guillermo, “Buenos Aires, ciudad de comunas”, *op. cit.*

98. Ver Gordillo, Agustín, “El nuevo sistema constitucional de control”, en *Lecciones y Ensayos*, 1995 - 62, Buenos Aires, p. 89.

Su participación en la prestación, en cambio, viene condicionada primero por la efectiva descentralización o transferencia de la competencia en concreto, por ejemplo a través de los convenios de gestión ya aludidos, lo que implica también, necesariamente, la asignación de recursos presupuestarios.

Políticas sociales

Aquí se da la posibilidad a las comunas de incursionar en una gestión social más activa, desarrollando un plan o programa comunitario. Siempre su implementación –reiteramos– dependerá de la aprobación de los recursos que se prevean al efecto, vía ley de presupuesto.

Mediación

La norma faculta la “implementación de un adecuado método de resolución de conflictos mediante el sistema de mediación, con participación de equipos multidisciplinarios”. En este sentido, cabe recordar que el punto 5 de la cláusula duodécima de la Constitución manda a la Legislatura establecer los Tribunales de Vecindad en cada comuna, integrados por tres jueces, no del mismo sexo. Define asimismo las materias de competencia de estos tribunales: vecindad, medianería, propiedad horizontal, locaciones, cuestiones civiles y comerciales hasta determinado monto, violencia familiar y protección de personas. Si bien la Ley N° 25488 contempla la creación de un fuero “de vecindad”, la cuestión es compleja en tanto implica la transferencia de competencias actualmente en cabeza de distintos fueros de la Justicia “nacional” de la Ciudad de Buenos Aires.

Asistencia a entidades barriales

La LOC agrega como competencia concurrente:

... el desarrollo de acciones de promoción, asistencia y asesoramiento a entidades vecinales no gubernamentales, sociedades de fomento, asociaciones cooperadoras, de consumidores y usuarios, clubes barriales y otras asociaciones civiles sin fines de lucro que actúen en el ámbito de la Comuna.⁹⁹

99. Artículo 11 LOC.

Son algunas de las entidades que conforman la *comunidad* sobre la que actuará la comuna, unidas entre sí por los llamados vínculos vecinales, es decir, los que ligan a aquellos sujetos que coinciden en un interés común respecto de cuestiones que tienen su asiento en un ámbito territorial determinado.¹⁰⁰ La disposición se inscribe así en el espíritu que alienta la descentralización de garantizar la democracia participativa.

CONVENIOS DE TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS. ALGUNOS EJEMPLOS

La LOC dispone que

... el Poder Ejecutivo puede delegar en las Comunas la ejecución de competencias propias, a través de la celebración de instrumentos que establezcan las responsabilidades que asume cada parte y garanticen la asignación de las partidas presupuestarias correspondientes para su ejecución. La delegación se efectúa en forma igualitaria a todas las Comunas.¹⁰¹

En este punto, resulta relevante señalar que, en rigor, no se trata en el caso de una delegación de competencias la que por ellos se instrumenta, porque técnicamente aquella importa la transferencia parcial del ejercicio de las competencias de un órgano superior a otro inferior, autorizada en una norma. Es decir, la delegación se asienta en un vínculo de jerarquía –que no existe entre el Gobierno central y las comunas– y se refiere al ejercicio, no la titularidad, de la competencia. Un convenio o acuerdo de gestión de traspaso de competencias, en condiciones iguales para todas las comunas, entendemos que tiene una relevancia mayor que la mera delegación de competencias.

Por otra parte, esta disposición parece romper con la idea de que la enunciación de competencias comunales efectuada desde la Constitución de la CABA es *taxativa* y no meramente *enunciativa*, es decir, que se les reconocen a las comunas las competencias admitidas expresamente por la Constitución.

100. Christe, Graciela E., *La problemática institucional de las Comunas de la Ciudad de Buenos Aires*, op. cit.

101. Artículo 12 LOC.

Repasaremos a continuación un puñado de ejemplos de decretos dictados por el Poder Ejecutivo que permiten verificar la modalidad de transferencia de competencia que ha operado, al día de hoy, entre el Gobierno central y las comunas.

Corresponde enunciar, en este sentido, el Decreto N° 453-GCBA-12, por el que se delega en las comunas el ejercicio del poder de policía respecto de las normas sobre usos de los espacios públicos dentro de su jurisdicción, que en forma concurrente ejerce con el Poder Ejecutivo, y se aprueba el régimen de selección y capacitación aplicable a los postulantes a ejercer dichas funciones.

Al delimitar las atribuciones concretas de estos últimos agentes, se señalan, entre otras, las de fiscalizar el cumplimiento de la normativa sobre usos de los espacios públicos; labrar actas en caso de constatarse faltas respecto de la normativa sobre usos de los espacios públicos; proceder al secuestro de mercaderías, mesas, sillas, cartelería y cualquier elemento que no se encuentre en concordancia con la normativa, todo ello en coordinación con las competencias atribuidas a la Subsecretaría Uso del Espacio Público de la autoridad central.

Adviértase que la propia estructura organizativa de las comunas definida en la LOC ya establecía la existencia de un Área de Control Comunal en la que reviste el cuerpo de inspectores.¹⁰²

Otro ejemplo de transferencia de competencias viene dado por el Decreto N° 166-GCBA-13, a través del cual el Gobierno central transfirió a las comunas misiones, funciones y responsabilidades establecidas en la Ley N° 3263 (de Arbolado Público Urbano), estableciendo que aquellas ejercerán en forma exclusiva las vinculadas al mantenimiento integral del arbolado público, y en forma concurrente, las relativas a la provisión y adquisición de ejemplares arbóreos.

Es importante destacar que esta transferencia no tiene lugar conjuntamente con los recursos, ya que estos últimos son transferidos a la Secretaría de Gestión Comunal y Atención Ciudadana “para su poste-

102. Artículo 32 LOC. En relación con ello, se ha advertido que a través del Decreto N° 251/GCBA/2014 el Poder Ejecutivo creó una estructura organizativa con cargos de gerentes operativos desconociendo las competencias que al respecto tienen los juntistas, lo cual dio lugar a varias acciones judiciales. Ampliaremos más adelante. Ver Muiños, María Rosa, *Comunas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ediciones Legislatura de la CABA, 2016, p. 27.

rior descentralización a las Comunas”, es decir que mantiene la ejecución presupuestaria respectiva dentro del Gobierno central.

Un último caso está dado por el Decreto N° 371/GCBA/13, por el que se transfieren las misiones, funciones y responsabilidades primarias relativas al mantenimiento de los espacios verdes de la Ciudad, asignadas hasta ese momento a la Dirección General de Espacios Verdes. Una vez más, en este caso, es a la Secretaría de Gestión Comunal y Atención Ciudadana a la que se le transfieren tanto los contratos entonces vigentes, relacionados con el mantenimiento y servicios conexos, como los montos presupuestarios y el patrimonio correspondiente, y *no a las comunas*.

POLÍTICAS ESPECIALES

No debe perderse de vista que, además de las competencias que expresamente enuncian la Constitución y la LOC, aparecen tantas otras facultades comunales diseminadas en el ordenamiento jurídico, contenidas en leyes que regulan políticas especiales e instituyen a las comunas como sujetos de aplicación. Ello se condice con el criterio general atributivo de competencia en materia de políticas especiales que contiene la LOC y que establece la intervención de las comunas en todo lo que sea elaboración y planificación de políticas en los temas allí detallados.¹⁰³

Recordemos en este sentido que las comunas intervienen, dentro de la esfera de sus competencias, en la elaboración y planificación de políticas en las áreas de salud, educación, medioambiente, hábitat, cultura, deporte, seguridad, igualdad entre varones y mujeres, niños, niñas y adolescentes, juventud, personas mayores, personas con necesidades especiales, trabajo y seguridad social, consumidores y usuarios, comunicación y presupuesto, función pública, ciencia y tecnología y turismo.¹⁰⁴

Enunciamos en otra ocasión algunas de las normas que regulan estas políticas especiales y contienen provisiones expresas respecto de las comunas.¹⁰⁵ A continuación efectuamos un breve repaso:

103. Ver artículo 13 LOC.

104. Las “Políticas Especiales” definidas en el Título Segundo de esta Constitución.

105. Salvatelli, Ana, *Las Comunas Porteñas*, *op. cit.*

- En materia de salud, la Ley Básica de Salud¹⁰⁶ de la Ciudad prevé en su artículo 3 que las áreas de salud se desarrollen en base a, entre otros, el siguiente lineamiento: “a. Responden a una delimitación geográfico-poblacional y tenderán a articularse con las futuras Comunas”.
- En materia ambiental, el Plan Urbano Ambiental (PUA), que es el marco al que deben ajustarse la normativa urbanística y las obras públicas,¹⁰⁷ establece en su artículo 15 el llamado Plan de Comuna, como instrumento que tiene por objetivo:

... desarrollar, con la participación primaria de las propias Comunas, los aspectos particulares de sus respectivos territorios, debiendo guardar congruencia con los planes de las restantes Comunas y con los lineamientos establecidos por el PUA para la ciudad en su conjunto.

También con relación a la misma materia, la ley de creación de la Agencia de Protección Ambiental de la Ciudad establece entre sus funciones y facultades “poner en funcionamiento el Sistema de Información Ambiental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, asegurando el derecho de la comunidad a acceder a la misma y la interacción con las Comunas cuando corresponda”.¹⁰⁸

- La ley que regula, promueve, fiscaliza y coordina el deporte amateur y profesional y la actividad físico-recreativa, a nivel comunitario, reconociéndole una finalidad social,¹⁰⁹ prevé la creación de Consejos Consultivos Comunales del Deporte en el ámbito de las respectivas comunas¹¹⁰ con funciones no vinculantes de asesoramiento, estudio, fomento y desarrollo de la actividad deportiva comprendida dentro del área delimitada por la comuna.

106. Ley N° 153 (BOCBA N° 703 del 28/05/1999), reglamentada por Decreto N° 208/2001 (BOCBA 1149 del 09/03/2001).

107. Ley N° 2930 (BOCBA N° 3091 del 08/01/2009).

108. Ley N° 2628 (BOCBA N° 2852 del 17/01/2008), artículo 3.

109. Ley N° 1624 (BOCBA N° 2120 del 31/01/2005), texto conforme el artículo 1 de la Ley N° 3218 (BOCBA N° 3318 del 10/12/2009), reglamentada por Decreto N° 1416/007 (BOCBA N° 2789 del 16/10/2007).

110. Artículo 24.

Dichos consejos se integran con representantes de los organismos públicos y las entidades privadas inscriptas en el Registro Único de Instituciones Deportivas con asiento en la comuna, y tienen entre otras, las siguientes funciones:

... contribuir a la elaboración de planes y proyectos relacionados con la actividad deportiva y físico recreativa en las Comunas, y c. Asesorar en la coordinación de las actividades deportivas y físico recreativas en las respectivas Comunas y en su articulación con las de orden nacional, provincial y local.¹¹¹

- En lo atinente a la seguridad pública, varias son las disposiciones que se refieren a las comunas, no obstante lo cual, y previo a reseñarlas, queremos destacar el caso de la Ley N° 2602,¹¹² que fue parcialmente vetada por el Poder Ejecutivo¹¹³ y nos permite clarificar el alcance de las competencias comunales en la materia. Por dicha ley se aprobó el marco normativo para la utilización –por parte del Poder Ejecutivo– de videocámaras para grabar imágenes en lugares públicos. Se imponía a aquel el deber de comunicar a las Juntas Comunales la instalación de videocámaras.¹¹⁴ Al vetar la norma, el Poder Ejecutivo expresó “que la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no ha asignado a las Comunas competencia alguna en materia de seguridad pública, ni en forma exclusiva ni de manera concurrente” y “que en sentido concordante, la Ley Orgánica de Comunas N° 1777, tampoco ha facultado a las mismas para intervenir en dicha materia”. La Legislatura aceptó el veto por Resolución N° 62/08.
- Otro ejemplo vinculado con el derecho de igualdad entre varones y mujeres viene dado por la Ley Plan Marco de Políticas de Derechos y Diversidad Sexual,¹¹⁵ creada con la finalidad de promover la construcción de una ciudadanía plena, sin discriminación con pretexto de la orientación sexual o la identidad

111. Artículo 26.

112. BOCBA N° 2927 del 12/05/2008.

113. Por Decreto N° 48-GCBA-2008, BOCBA N° 2852 del 17/01/2008.

114. Artículo 7. Los artículos 8 y 17 contenían disposiciones similares.

115. Ley N° 2957, BOCBA N° 3107 del 30/01/2009.

de género de las personas, y que tiene como criterio de implementación “el impulso, a través de las Comunas, de mecanismos descentralizados para la ejecución de proyectos y acciones que garanticen los derechos a las personas LGBT”.

- La Ley N° 1901¹¹⁶ de Promoción del Empleo y Reinserción Laboral crea un Registro Único de Empleo (RUE) a los efectos de hacer converger la oferta y la demanda de empleo y prevé qué autoridad de aplicación coordina y delega las funciones del RUE en “las Comunas o los organismos que en el futuro las reemplacen” (artículo 4).
- Asimismo, el Sistema de Promoción de la Igualdad entre Derechos y Obligaciones instituido por la Ley N° 1964¹¹⁷ establece que la autoridad de aplicación son las Juntas Comunales. El sistema consiste en:

... la implementación de acciones positivas destinadas a la población de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para estimular el ejercicio de una ciudadanía responsable en materia de derechos y obligaciones de incidencia directa en las relaciones de vecindad y convivencia urbana.

La norma prevé que para el cumplimiento de los objetivos enunciados en la ley, la autoridad de aplicación podrá:

1. Celebrar convenios por un plazo no superior a cuatro (4) años, con organizaciones gubernamentales, y no gubernamentales, que actúan en ámbitos municipales, provinciales, nacionales e internacionales;
2. Instrumentar concursos, elaborando sus reglamentos y premios para cada uno de ellos, previo a su implementación;
3. Instituir menciones y calificaciones especiales y
4. Implementar campañas publicitarias de educación y concientización, cuya duración no será inferior a seis (6) meses.

Finalmente, se establece que el gasto que demande la implementación de la presente ley, será imputado a las partidas presupuestarias de las respectivas comunas.

- La Ley N° 3709 pone en cabeza de las Juntas Comunales, el Ministerio de Ambiente y Espacio Público y el Comité Coordinador de Asuntos Educativos Ambientales, la campaña educa-

116. BOCBA N° 2373 del 23/02/2006.

117. BOCBA N° 2449 del 31/05/2006.

tiva para el tratamiento de los residuos sólidos urbanos (RSU), con el objeto de concientizar a la población sobre su correcta gestión y proporcionar la información necesaria para permitir una adecuada separación de los residuos en función de su topología y destino. A tal efecto, las Juntas Comunales podrán: organizar talleres, seminarios y cursos de capacitación destinados al manejo y reaprovechamiento de los RSU orientados a alumnos y docentes de todos los niveles educativos; establecer talleres barriales, juegos interactivos y actividades recreativas; promover encuentros interbarriales de intercambio de experiencias e investigación y proveer a los consumidores de bolsas reciclables o reutilizables.

- En lo que respecta a la protección de los derechos de usuarios y consumidores, debemos tener presente que la ley que establece el procedimiento administrativo¹¹⁸ para la defensa de estos derechos promueve la descentralización de las funciones de la autoridad de aplicación en las comunas.
- La Ley N° 4478 concede por diez años el permiso de uso a título precario y gratuito de distintos predios situados bajo autopistas, con el objeto de que sean destinados a la práctica de actividades sociales, culturales y deportivas. Vencido el plazo, las autoridades de la comuna en la que se encuentre localizado el predio deberán emitir un dictamen sobre el cumplimiento de la actividad social de la entidad beneficiaria. También se les requerirá la emisión de un dictamen en aquellos casos en los que el Gobierno de la Ciudad, por razones de necesidad fundada, debiera solicitar la restitución del terreno antes del cumplimiento del plazo.

Hemos recorrido así un conjunto de normas referidas a las políticas especiales que regulan distintos grados de participación de las comunas.¹¹⁹

118. Ley N° 757, BOCBA N° 1432 del 02/05/2002.

119. Ver Muiños, María Rosa, *Comunas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, op. cit., p. 27.

CONFLICTOS JUDICIALES EN TORNO A LAS COMPETENCIAS COMUNALES

Si bien la LOC estableció pautas concretas para la transición hacia la descentralización en comunas,¹²⁰ lo cierto y concreto es que no sólo no se ha avanzado consecuentemente en tal dirección, sino que también se han producido retrocesos en el camino, que motivaron diversos pronunciamientos judiciales. Si bien excedería los alcances del presente comentario detenernos en profundidad en cada uno de tales conflictos, efectuaremos una breve reseña de los más relevantes.

La creación de las Unidades de Atención Ciudadana [UAC]

Mediante el Decreto N° 376-GCBA-2011 se crearon las Unidades de Atención Ciudadana –órganos dependientes de la Subsecretaría de Atención Ciudadana–, con funciones similares a las de los órganos desconcentrados que las comunas vinieron a reemplazar, los viejos Centros de Gestión y Participación.

La Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero CAyT, al hacer lugar a la impugnación efectuada por vía de amparo,¹²¹ puso de resalto, en el voto de mayoría,¹²² la “impenetrabilidad” de las competencias propias que supone la descentralización como técnica de organización que, en el caso, involucra a las comunas, y que importa limitar las relaciones de estas últimas con el Gobierno central a las propias de “coordinación”, mas nunca de subordinación.¹²³ Como consecuencia de esta concepción, las competencias exclusivas resultarían de carácter “impenetrable” para el Gobierno central, con el único límite de la preservación del interés general; y las concurrentes exigen la actuación coordinada bajo las pautas que brindan el artículo 3 de la LOC (finalidad de las comunas) y el artículo 4, inciso c que, como vimos más

120. Artículos 47 y ss. LOC.

121. Autos “Gentili Rafael Amadeo y otros c. GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. N° 39938/0, resueltos el 15/02/2013. Disponible en “Ejecutivo vs. Comunas: Nuevo capítulo de una larga historia” (www.adaciudad.org.ar). Existe otro pronunciamiento similar de la misma Sala sobre la misma cuestión, en autos “Cabandié, Juan y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. N° 42253, del 31 de julio de 2013.

122. Conformada por los jueces Mabel Daniele y Esteban Centanaro.

123. Ver considerando 7.

arriba, establece entre los principios generales de la gestión pública descentralizada el de la subsidiariedad de la actuación del Ejecutivo en relación a las competencias de las comunas. Esto se vincula a su vez –sostuvo la Cámara– con el artículo 9, en cuanto dispone que en caso de duda debe estarse a la interpretación que resulte más favorable a las comunas y, al mismo tiempo, prohíbe al Ejecutivo la reasunción de competencias exclusivas de aquellas. Entendió así la Cámara, tras analizar comparativamente las facultades dispuestas para las UAC y el régimen constitucional y legal de las comunas, que aquellas parecían subrogar a los disueltos CGPC y sólo modificaban su nombre, por lo que el Decreto N° 376-GCBA-2011 resultaba ilegítimo.

Por su parte, el voto del juez Balbín hace especial hincapié en el respeto absoluto que debe prodigarse a la voluntad del constituyente y del legislador en su definición de las competencias exclusivas (aquellas respecto de las cuales no se admite injerencia alguna del Poder Ejecutivo local) y concurrentes (es decir, las que exigen una actuación coordinada de la Administración central) de las comunas, habida cuenta de que no hay una relación de subordinación entre ambas. Para finalizar, destaca el énfasis del pronunciamiento en el incumplimiento, por parte del Poder Ejecutivo local, de transferir los servicios que corresponden a las competencias consagradas como exclusivas y/o concurrentes de las comunas.

Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad revocó el pronunciamiento de la Cámara por cuestiones procesales, sin emitir opinión acerca del fondo de la cuestión.¹²⁴

La creación de gerencias y subgerencias en las comunas por parte del Ejecutivo central a través del Decreto N° 251/GCBA/2014

En esta ocasión el Poder Ejecutivo central decidió crear una estructura administrativa dentro de las mismas comunas consistente en una “gerencia operativa de gestión administrativa” y una “gerencia operativa de gestión comunal”, además de una “subgerencia operativa de participación vecinal y atención vecinal” y otra “subgerencia operativa de control comunal y de obras”.

124. TSJ de la Ciudad Exptes. N° 9897/13 y 9986/13, 16/07/2014.

La norma fue judicialmente impugnada por un grupo de integrantes de Juntas Comunales y suspendida cautelarmente por el Juzgado CAyT N° 23.¹²⁵ El magistrado actuante sostuvo que “la organización que se pretende asignar a las comunas importa (...) un avance sobre las atribuciones exclusivas de la Legislatura local para regular ‘organización y competencia’ de las Comunas”. Agregó que la LOC “confirió a las propias Juntas Comunales la atribución de ‘organizar funcionalmente su acción de gobierno en áreas de gestión’, y concluyó que

... en consecuencia la organización propuesta por el decreto 251/GCBA/2014 afectaría atribuciones de las propias Comunas, quienes, de acuerdo a la Constitución local y la reglamentación efectuada por la Legislatura, deben decidir tan importante aspecto institucional.

Finalmente, expuso que

... al definir la estructura organizativa de las comunas, misión que *prima facie* tenía vedada, el decreto (...) afectaría los límites que a su actuación impuso la Ley N° 3233. En particular, de acuerdo a la norma citada, el Poder Ejecutivo tiene el deber de: “abstenerse de emitir o producir actos que signifiquen intromisión o menoscabo de las funciones de competencia exclusiva de las comunas o lesionen su participación en las competencias concurrentes”. La distribución de competencias entre las gerencias y subgerencias (...) da cuenta de un incumplimiento de dicha manda (cfr. artículo 4, inciso d, Ley N° 3233).

Decisiones de la Administración central sin la participación de las Juntas Comunales

En múltiples casos sobre problemática diversa los tribunales han analizado la cuestión de las competencias comunales. Citamos dos precedentes a modo de ejemplo.

125. Autos “Vayo, Miguel Enrique y otros c/GCBA s/amparo”, Expte. N° A7770-2014/O, resuelto el 18 de julio de 2014.

Remoción de adoquinado¹²⁶

Un grupo de vecinos dedujo acción de amparo contra el Ministerio de Ambiente y Espacio Público de la Ciudad con el objeto de que se decretara la nulidad de los actos administrativos que habían autorizado la remoción de los adoquines en la totalidad del barrio de Palermo, aduciendo, en lo que aquí importa, que la comuna respectiva no había intervenido en la decisión.

La Sala 3 de la Cámara de Apelaciones hizo lugar –por mayoría– al amparo interpuesto.¹²⁷ Para así decidir tuvo en cuenta dos ejes argumentales. En primer lugar, valoró la sanción de la Ley N° 4806 (que declara a las calles adoquinadas integrantes del Patrimonio Cultural de la Ciudad) durante el proceso, y en tal sentido sostuvo que hasta que no estuviera conformado el catálogo definitivo (que debía realizarse a propuesta de las Juntas Comunales), “no es posible continuar con las obras cuestionadas”.¹²⁸ En otro orden, se consideró que el procedimiento llevado a cabo por la Administración para realizar las obras en cuestión se encontraba viciado “por violar de manera manifiesta disposiciones previstas en la Constitución y en la Ley N° 1777” respecto a la falta de participación de la Junta Comunal en materias de su competencia, tales como el mantenimiento de vías secundarias y espacios verdes y/o las concurrentes con el Gobierno central, referidas a la decisión, control y ejecución de obras públicas y planes de impacto comunal.¹²⁹

Al tratarse de una obra de claro impacto local, porque la remoción de los adoquines en todo un barrio necesariamente modifica vías secundarias y espacios públicos, no podría el Gobierno central avan-

126. Sobre el tema ver Scheibler, Guillermo, “Apuntes sobre el régimen de protección del empedrado porteño”, en Scheibler, Guillermo (coord.), *Cuestiones de Derecho Urbano*, Buenos Aires, LEP - Ada Ciudad, 2016.

127. CA CAyT, Sala III, “Travi Federico y otros c/GCBA s/amparo”, Expte. N° A20782/0, 23 de junio de 2014.

128. Posición de la jueza Gabriela Seijas. Expuso una posición similar al resolver en autos “Cuello, Jorge Walter y otros c/GCBA”, Expte. A 57551/2, el 16 de diciembre de 2014, respecto a la remoción de adoquinado y asfaltado de diversas arterias de la Comuna 7 (Flores y Parque Chacabuco).

129. Posición del juez Hugo Zuleta. Expuso una posición similar al resolver en autos “Cuello, Jorge Walter y otros c/GCBA”, Expte. A 57551/2, del 16 de diciembre de 2014, respecto a la remoción de adoquinado y asfaltado de diversas arterias de la Comuna 7 (Flores y Parque Chacabuco).

zar en la obra sin la previa intervención de la comuna, sin violar las competencias exclusivas –constitucionales y legales– de esta última. Tampoco podría, por lo mismo, soslayar su deber de coordinación de la obra con la Junta Comunal, en virtud de las facultades concurrentes.

Organización de carreras automovilísticas en espacios públicos urbanos

En el marco de la impugnación de la decisión del Poder Ejecutivo central de organizar una competencia profesional automovilística (Súper TC 2000) en el denominado “circuito callejero” ubicado en el barrio de Recoleta, se dispuso judicialmente la necesaria intervención previa de la Junta Comunal respectiva.¹³⁰

En tal sentido, se expuso que

... la puesta en funciones de la Junta Comunal implica una nueva realidad institucional en la Ciudad que impacta en el modo de ejercer la gestión administrativa, en tanto determinados y específicos cometidos deben pasar a la órbita de las Comunas. Asimismo estas en su carácter de principal portavoz de los intereses generales de la población del territorio a su cargo (LL 2006-F, 1035) deben tener participación en el proceso de toma de decisiones de otras actividades gubernamentales que se realicen en su área de competencia (artículos 9, 10, 11, 13 y 26 inc. q de la Ley N° 1777). En el caso, lo expuesto cobraría mayor relevancia atento la magnitud del evento programado, el impacto que tendrá en diversos aspectos de la vida del barrio y el hecho de que para su realización se afectará considerablemente el uso de espacios verdes de la Comuna, cuyo mantenimiento se encuentra a cargo por mandato expreso de la Constitución de la Ciudad (artículo 128 CCABA). Así, una correcta hermenéutica de las disposiciones constitucionales y legales involucradas, conduciría a concluir que se encuentra entre las competencias de la Junta Comunal, en este caso la N° 2, la de emitir una opinión previa respecto de la actividad que aquí se cuestiona. Sobre el punto, ha de recordarse asimismo que, el ejercicio de las competencias constitucionales y legales resulta una obligación de las respectivas autoridades administrativas (artículo 2, Ley de Procedimiento Administrativo).

130. Juzgado CAyT N°13, autos “Castillo, Gabriela c/GCBA s/amparo”, Expte. N° A284-2013/O, resueltos el 12 de marzo de 2013.

Artículo 129

La ley de presupuesto establece las partidas que se asignan a cada Comuna. Debe ser un monto apropiado para el cumplimiento de sus fines y guardar relación con las competencias que se le asignen. La ley establecerá los criterios de asignación en función de indicadores objetivos de reparto, basados en pautas funcionales y de equidad, en el marco de principios de redistribución y compensación de diferencias estructurales.

LAS COMUNAS COMO JURISDICCIÓN PRESUPUESTARIA

Debemos tener presente que desde el plano político institucional, en nuestro esquema constitucional el presupuesto es la visualización de la acción de gobierno pretendida por el órgano administrativo y por el legislador, y ejecutada por el primero.¹³¹ En efecto, tal como establece la Constitución porteña en el capítulo específico dedicado al presupuesto gubernamental, este “debe contener todos los gastos que demanden el desenvolvimiento de los órganos del gobierno central, de los entes descentralizados y *comunas*”.¹³² En sentido coincidente, la norma en comentario explicita que la ley de presupuesto debe establecer las partidas correspondientes a cada comuna.

El deber ser

Precisando las claras normas constitucionales, la Ley N° 70 –Sistema de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público de la Ciudad– contempla expresamente a las comunas como parte del sector público de la Ciudad de Buenos Aires, a la par que los otros órganos de gobierno,¹³³ y las categoriza como “jurisdicción presupuestaria” junto a la Legislatura, la Justicia, la Jefatura de Gobierno y ministerios y secretarías del Poder Ejecutivo.¹³⁴ De modo respetuoso con la norma constitucional en comentario, la ley individualiza a las comunas como una jurisdicción distinta y diferenciada de la Administración centralizada (Poder Ejecutivo), criterio que también se explicita en el modo en que debe estructurarse la ley de presupuesto.¹³⁵

131. Mertehikian, Eduardo, *Ley de Administración Financiera y Control de Gestión*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 10° ed., 2004.

132. Ver artículo 53 de la Constitución (el destacado es nuestro).

133. Artículo 4 Ley N° 70.

134. Artículo 6 Ley N° 70.

135. Artículo 42 Ley N° 70.

Tuvimos oportunidad de destacar en el comentario al artículo anterior la importancia que reviste la competencia comunal de elaborar su plan de acción y plasmarlo en el anteproyecto de presupuesto, y a esas consideraciones nos remitimos.

Es este un tema central, del que depende en gran parte la suerte que corra el desenvolvimiento institucional de las comunas, porque a partir de las concretas previsiones presupuestarias podrán ellas alcanzar sus metas o ejercer sus competencias constitucionales, ya sea las exclusivas o las concurrentes.

Con sustento en esta normativa, no dudamos en afirmar que cada una de las comunas debe constituir una jurisdicción en la ley de presupuesto, cuestión que no se ha verificado hasta la fecha, en claro desmedro del régimen comunal constitucional.

La situación actual

El escaso avance materializado en estos años en torno a empoderar a las comunas de sus competencias constitucionales y legales¹³⁶ ha ido en desmedro del goce de su plena institucionalidad. El punto más álgido en este sentido viene de la mano de la negación de las comunas como jurisdicción específica –tal como lo exigen la Constitución y la Ley N° 70– en las sucesivas leyes de presupuesto. Las comunas vienen siendo equiparadas año a año a las estructuras centrales de la Administración local y es desde ese Gobierno central que se ejecuta su presupuesto.

Este estado de cosas fue incluso objeto de mención judicial en un caso en el que se debatía acerca de omisiones en cuanto a la implementación del presupuesto participativo en la Ciudad.¹³⁷ En esa ocasión, se señaló que

... pese a la puesta en marcha de las Juntas Comunales en diciembre de 2011, a casi dos años de esa fecha, tales órganos constitucionales no disponen de la administración de su propio presupuesto, ni les fue

136. Ver por ejemplo el Decreto GCBA N° 376/2011, que crea las Unidades de Atención Ciudadana (UAC) y el N° 251/2014, que crea gerencias y subgerencias en las comunas con funciones superpuestas con las de los órganos descentralizados. Para un análisis de esta normativa y las causas judiciales que motivaron, ver “Ejecutivo vs. Comunas: Nuevo capítulo de una larga historia”, 21/07/2014, disponible en: www.adaciudad.org.ar

137. Juzgado CAyT N°13, en autos “García Elorrio, Javier María c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. N° 35421/O, resueltos el 21 de noviembre de 2013 (ver en LL 2014-C, 538; AR/JUR/78474/2013).

reconocido en la práctica el carácter de “jurisdicción presupuestaria” que expresamente les asigna la Ley N° 70 (artículo 6 inciso d).

También desde el Legislativo se han efectuado manifestaciones al respecto. Así, mediante la Declaración 116/2016¹³⁸ el cuerpo representativo expresó que “vería con agrado que las Juntas Comunales y sus Presidentes lleven adelante y/o intensifiquen los mecanismos previstos por el artículo 15, 26 y 29 de la Ley N° 1777 para la elaboración de sus respectivos anteproyectos de presupuesto”.

De este modo, actualmente toda decisión que la Junta Comunal pretenda adoptar que implique la erogación de recursos no tiene por respaldo la posibilidad de administrar el propio presupuesto, lo que impide la concreción de cualquier política comunal. Adviértase, por lo demás, que esa asignación presupuestaria es el único recurso de percepción regular con que cuentan o pueden contar las comunas, toda vez que carecen de potestades tributarias y/o recaudatorias de cualquier tipo. Negarles presupuesto es negar el desenvolvimiento mismo de la institución constitucional comunal.

PAUTAS CONSTITUCIONALES PARA LA ELABORACIÓN DEL PRESUPUESTO

De modo consecuente con la importancia que se les asigna en el diseño institucional de la *democracia participativa* porteña, el constituyente no sólo explicitó obligación de asignar a las comunas partidas presupuestarias específicas, sino que estableció concretas pautas –sustantivas y adjetivas– respecto de ellas. Existe también una cláusula transitoria en la LOC que fija un tope aplicable a los dos primeros ejercicios presupuestarios.

Pautas sustantivas

En este sentido, las partidas deben, por un lado, resultar acordes y apropiadas a las competencias y funciones asignadas, y por el otro, deben atender a compensar diferencias estructurales que puedan existir entre las distintas comunas.

138. Aprobada el 21 de abril de 2016.

- *Recursos suficientes.* Precisando el mandato constitucional, la LOC explicita que

... los recursos asignados a las Comunas deben ser suficientes para el cumplimiento de sus fines y directamente proporcionales para el desempeño de las competencias que se les atribuyen. La transferencia de los fondos del tesoro de la ciudad a las Comunas se ejecuta en forma automática y se rige por las disposiciones vigentes comunes a toda la administración.¹³⁹

La asignación de fondos presupuestarios debe ser suficiente para el cumplimiento de los fines de la comuna, proporcional a las competencias originarias y a las que eventualmente se le deleguen. Es decir, debe existir una adecuación razonable entre las competencias y los recursos para ejercerlas y, finalmente, de ejecución automática; esto es, los fondos se transfieren del Tesoro de la Ciudad a las comunas en forma automática, sin necesidad de petición específica o algún trámite administrativo extra.¹⁴⁰

- *Compensación de diferencias estructurales.* La Ley N° 70 establece entre sus disposiciones generales que los sistemas de gestión y de administración financiera de la Ciudad “aseguran el cumplimiento de los principios de redistribución y compensación de las diferencias estructurales existentes entre las comunas, conforme lo determine la ley correspondiente.”¹⁴¹

Esto nos remite a los indicadores de reparto, que deben ser objetivos, es decir, sustentarse en la magnitud de los servicios que se

139. Artículo 16 LOC.

140. Sobre el punto se ha observado que “si la transferencia de los fondos del tesoro a las Comunas se ejecuta en forma automática, no puede regirse por las disposiciones vigentes comunes a toda la administración, que no disponen eso, sino una serie de requisitos previos que precisamente eliminan la automaticidad. Posiblemente el problema es que la norma habla de ‘transferencia de fondos’, que es una de las últimas etapas de la ejecución del gasto, y no precisa cómo será la relación de las Comunas con los órganos rectores de los sistemas de gestión y administración financiera en las etapas anteriores. Por lo tanto se requiere el dictado de una norma que, extendiendo los alcances del artículo 16 de la Ley N° 1777, complete ese vacío, estableciendo el principio de que las cuotas de ejecución de créditos en las etapas de compromiso y de devengado, que soliciten las Comunas, tendrán carácter vinculante para los órganos rectores” (Proyecto de Ley N° 2011 243, de autoría de Rafael Gentili, Jorge Selser y Fabio Basteiro, que proponía la modificación del artículo 16 de la Ley N° 1777, disponible en: www.cedom.gov.ar).

141. Artículo 8 Ley N° 70.

prestan, pero que a la vez justifican una asignación mayor cuando fuera necesario compensar diferencias estructurales entre las comunas. Si en una comuna los servicios están deprimidos, pero las necesidades a cubrir son mayores en términos comparativos con otras comunas, la única manera de compensar es asignando mayores recursos a los que menos servicios están prestando para que puedan cerrar la brecha que los diferencia para abajo.¹⁴²

Sobre el punto, la LOC dispuso que

... las partidas que el Presupuesto General de Gastos y Recursos de la Ciudad asigna a las Comunas, se distribuyen entre ellas teniendo en cuenta pautas de equidad. A tales efectos el Consejo de Coordinación Intercomunal elabora una matriz presupuestaria basada en indicadores sociales, culturales, económicos, ambientales, demográficos y urbanísticos que permita generar criterios de distribución y compensación de las diferencias estructurales existentes entre los distintos barrios y zonas de la ciudad. No pueden efectuarse transferencias de partidas entre Comunas sin autorización legislativa.¹⁴³

Rige el principio de equidad, que persigue, además, evitar la posibilidad de que se “ahogue” financieramente a unas comunas en beneficio de otras.

La matriz presupuestaria para garantizar la realización de este principio está en cabeza del Consejo de Coordinación Intercomunal,¹⁴⁴ y vuelve a hacerse alusión al reiterado objetivo constitucional de “compensar diferencias estructurales entre los distintos barrios y zonas de la ciudad”.

- *Tope del 5%*. La cláusula transitoria tercera de la LOC fija un tope para los dos primeros ejercicios presupuestarios. Señala esta disposición que

142. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada, op. cit.*, p. 364.

143. Artículo 17 LOC.

144. Es el órgano de discusión y consenso de las políticas entre las comunas y el Poder Ejecutivo. Está integrado por los presidentes de cada una de las Juntas Comunales y es presidido por el Jefe de Gobierno o el funcionario que este designe (ver artículo 39 y ss. de la LOC).

... en los primeros dos ejercicios anuales contados desde la asunción de las primeras autoridades Comunales, tanto los anteproyectos de presupuestos Comunales en su conjunto, como el presupuesto total asignado a las Comunas, no pueden superar el cinco por ciento (5%) del total correspondiente al presupuesto de gastos y cálculo de recursos de la ciudad para cada uno de dichos años. Concluido el período de transición estipulado precedentemente, que no puede ser prorrogado, se está a lo que sobre el punto dispongan las leyes de presupuesto que fueran pertinentes.

Al debatirse la LOC en el seno de la Legislatura, se propuso que este tope presupuestario fuese definitivo y permanente con la intención de brindar una señal institucional de cuál es la masa de recursos que está disponible para armar esos presupuestos en el conjunto de las comunas. Finalmente, primó la posición contraria, que manifestó que más que un techo, las comunas presupuestariamente deberían tener un piso para funcionar porque involucran un proceso continuo, de aprendizaje institucional y de incremento de la participación ciudadana.¹⁴⁵

Pautas adjetivas. El mandato participativo

El presupuesto de las comunas se encuentra alcanzado por el mandato participativo general que emana del artículo 52 de la Constitución.¹⁴⁶ Independientemente de ello, el régimen constitucional y legal de las comunas contiene previsiones normativas específicas al respecto. Así, en primer término, el artículo 131 de la Constitución enumera entre las funciones del Consejo Consultivo Honorario,¹⁴⁷ la de “definir prioridades presupuestarias”.

145. 2° Sesión Especial de la Legislatura CABA. Versión taquigráfica N° 21, 08/06/2005, p. 44.

146. Para profundizar sobre el tema, ver Scheibler, Guillermo M., “Presupuesto participativo: una redefinición de la relación Administración - sociedad civil”, Buenos Aires, LL 2004-C, p. 1058; Médici, Alejandro, “Presupuestos participativos: derechos y garantías de proximidad. Hacia un marco comprensivo y comparativo de estudio”, UNLP 2008-38, 492, AR/DOC/607/2008; Páez, María Eugenia, “Democracia y presupuesto participativo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: un poder del Estado frente a las técnicas de participación ciudadana en la adopción de decisiones públicas”, LL 2014-C, 538; entre otros.

147. Ver comentario al artículo 131.

Por otra parte, la LOC dispone que

... la aprobación del anteproyecto de presupuesto de cada Comuna está a cargo de la Junta Comunal y se elabora a través de mecanismos que, a escala barrial, garantizan la participación de los vecinos en la fijación de metas, formulación y control presupuestario. La discusión referida precedentemente se dará en el ámbito del Consejo Consultivo Comunal. Al remitir el proyecto de Ley de Presupuesto General de Gastos y Recursos, el Poder Ejecutivo enviará juntamente con el mismo, a título informativo, los anteproyectos remitidos por las Comunas. Los anteproyectos no deben incluirse fusionados, sino separados por Comuna.

Más allá del modo en que estrictamente pueden o deben aplicarse técnicas de participación ciudadana en la elaboración del presupuesto comunal, nos interesa destacar aquí que la ley garantiza la *conformación participativa del presupuesto*, para lo cual se supone que deben encararse actividades que favorezcan la inclusión de las demandas sectoriales, las prioridades de la comunidad, los criterios de asignación de fondos y el programa de inversión de la Ciudad, y que en tales actividades no podrá tampoco estar ausente el Consejo Consultivo. Se ha resuelto que la posibilidad de participar en la elaboración de prioridades presupuestarias no sólo resulta una técnica a la que la Administración puede recurrir, sino que constituye un verdadero derecho político de la ciudadanía protegido por el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, exigible judicialmente.¹⁴⁸

EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA

La LOC precisa que

... el crédito asignado a cada concepto del presupuesto Comunal aprobado por la Legislatura de la Ciudad sólo podrá ser aplicado para atender las erogaciones que comprendan esa asignación. Toda resolución de la Junta Comunal que autorice gastos no previstos deberá deter-

148. Ver Sala 2 de la Cámara de Apelaciones del fuero CAyT, Expte. N° 8279/o, autos "Desplats, Gustavo María c/GCBA s/amparo [art. 14 C.C.A.B.A.]", del 6 de abril de 2004, publicado en LL 2004-C, 1059; Juzgado CAyT N°13, en autos "García Elorrio, Javier María c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)", Expte. N° 35.421/o, resueltos el 21 de noviembre de 2013 (publicado en LL 2014-C, 538; AR/JUR/78474/2013); Sala 1 de la Cámara de Apelaciones CAyT, autos "García Elorrio", del 30 de junio de 2014.

minar su financiación. Para autorizar la compensación de excesos producidos en algunas partidas presupuestarias con la transferencia, a modo de refuerzos de otras partidas que cuenten con margen disponible o con superávit real del ejercicio, se requiere la mayoría [absoluta de los miembros de la Junta Comunal].¹⁴⁹

Se previene sobre la imposibilidad de afectar fondos presupuestarios a conceptos distintos de aquellos para los que fueron asignados y que, en el caso de excesos, requiere mayorías especiales. En otro orden, se refiere al *crédito legal*, es decir, toda la actuación de la Administración se vincula a la previa existencia de presupuesto, en la medida en que se comprometa un gasto. Por eso, cuando la comuna genere una actuación, un trámite administrativo, y este tenga por finalidad la ejecución de un gasto, deberá contar –y así acreditarse en la respectiva actuación– con crédito legal.

Se establece así el modo en que debe cumplirse con la ejecución del presupuesto comunal, teniendo siempre presentes las previsiones de la Ley N° 70.

PATRIMONIO COMUNAL

En virtud de tratarse de entes descentralizados con personería jurídica propia, las comunas poseen un patrimonio específico y diferenciado del de la Administración central. Según la LOC, está conformado por:

- a) los fondos asignados por la Ley de Presupuesto y por leyes especiales, b) los ingresos originados por actos de disposición, c) las donaciones y legados, d) los bienes que la administración central le transfiera, e) los restantes bienes y derechos que adquiriera en el futuro utilizando el presupuesto con el que cuenta.¹⁵⁰

Las comunas inician su gestión contando con un patrimonio determinado conformado por los bienes transferidos desde el Gobierno central, donaciones o legados. Sus recursos para la gestión son los que concretamente le asigne la Ley de Presupuesto, en tanto no tiene capacidad de imposición de tributos o contribuciones. A partir de la administración de su presupuesto, podrá en lo futuro consolidar un

149. Artículo 18 LOC.

150. Artículo 14 LOC.

patrimonio –adquisición de bienes, transferencias, donaciones, legados, ventas– sin que puedan endeudarse financieramente.

La LOC prevé asimismo la posibilidad de asignación de fondos por *leyes especiales*. Perfectamente puede la Legislatura sancionar una ley que asigne fondos a las comunas, además de lo dispuesto en su presupuesto.

Finalmente, ha de recordarse que las comunas no se encuentran facultadas (como tampoco el Poder Ejecutivo) para realizar actos de disposición –venta o enajenación de bienes–, para lo que resulta necesaria una autorización especial de la Legislatura.

Artículo 130

Cada Comuna tiene un órgano de gobierno colegiado denominado Junta Comunal compuesto por siete miembros, elegidos en forma directa con arreglo al régimen de representación proporcional, formando cada Comuna a esos fines un distrito único. La Junta Comunal es presidida y legalmente representada por el primer integrante de la lista que obtenga mayor número de votos en la Comuna.

Las listas deben adecuarse a lo que determine la ley electoral y de partidos políticos.

UN ÓRGANO DE GOBIERNO COLEGIADO¹⁵¹

Lo primero que aparece como dato absolutamente original y novedoso es el carácter colegiado de este órgano de gobierno. Por oposición al gobierno unipersonal, el de las comunas porteñas es un gobierno de muchos o pluripersonal.

Se trata de la Junta Comunal, integrada por siete miembros –uno presidente, el resto vocales– que adoptarán sus decisiones por mayoría, en forma orgánica. Más adelante trataremos las atribuciones de los miembros vocales y del presidente, en particular, tal como las precisa la LOC.

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad declaró inadmisibles una acción declarativa de inconstitucionalidad¹⁵² presentada con el objeto de que se declare la invalidez del artículo 20 de la LOC y de su cláusula

151. Para un análisis más detallado, remitimos a Salvatelli, Ana, *Las Comunas Porteñas*, *op. cit.*

152. TSJ de la CABA, autos “Carlos Eugenio, Nazareth Muniagurria y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. N° 7838/11, resueltos el 26 de abril de 2011.

sula transitoria primera, en tanto establecen que las candidaturas para integrar las Juntas Comunales deben surgir de los partidos políticos.

El hecho de que se trate de un órgano con siete integrantes electos en forma directa y proporcional por distrito único en el ámbito territorial de cada comuna, facilita y alienta su integración plural, lo que no hace más que poner de manifiesto la voluntad del constituyente de convertirlas en un calificado ámbito de participación y deliberación democrática.

La LOC precisa los requisitos para ser miembro de la Junta Comunal,¹⁵³ a saber: a. ser argentino nativo, por opción o naturalizado (en este último caso con al menos dos años de ejercicio de la ciudadanía); b. tener residencia habitual y permanente en la comuna, inmediata a la elección, no inferior a dos años; c. ser mayor de edad a la fecha de la elección; y d. no encontrarse comprendido en alguna de las inhabilidades e incompatibilidades previstas en los artículos 72 y 73 de la Constitución.

Los miembros de la Junta Comunal duran cuatro años en sus funciones y si fueren reelectos no pueden ser elegidos para un nuevo período sino con el intervalo de cuatro años. La Junta se renueva en su totalidad cada cuatro años.¹⁵⁴

ATRIBUCIONES DE LA JUNTA COMUNAL¹⁵⁵

Es importante tener presente el desarrollo efectuado en el comentario al artículo 128 en relación con las competencias comunales porque las atribuciones que enumera la ley vienen a concretarlas en cabeza de la Junta Comunal.

Veremos después que se desagrega la competencia del órgano presidente de un lado y de los restantes vocales del otro. Parece oportuno, no obstante, resaltar que como cuerpo, y bajo las normas de mayorías que al efecto se adopten, lo que la Junta puede o no hacer surge de las normas constitucionales que venimos comentando y, en particular, del artículo 26 de la LOC.

153. Artículo 21 LOC.

154. Artículo 22 LOC.

155. Artículos 26 y 27 LOC.

Como criterio interpretativo, cabe señalar que el alcance de la competencia de un órgano o ente estatal se debe determinar primero por el texto expreso de la norma que la atribuye, segundo por el contenido razonablemente implícito que pueda inferirse de ese texto expreso, y tercero, por los poderes inherentes al tipo –naturaleza, esencia– del ente de que se trate, interpretados a la luz del principio de la especialidad.¹⁵⁶

FUNCIONAMIENTO DE LA JUNTA COMUNAL

Conforme establece la LOC,¹⁵⁷ cada Junta Comunal dicta su reglamento interno con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. La ley establece algunas de las pautas que debe contener. Así, obliga a que requieran el voto de la mayoría absoluta de los miembros de la Junta para: a. formar quórum, b. aprobar el anteproyecto del presupuesto; y c. autorizar la compensación referida en el segundo párrafo del artículo 18. Asimismo, se explicita que para contratar por plazos que excedan el mandato de la Junta Comunal, se requiere el voto de cinco de sus miembros.

Sin lugar a dudas, el reglamento interno de la Junta Comunal constituye una herramienta vital para iniciar la vida institucional de la comuna porque sin él, sencillamente, no hay pautas claras para adoptar decisiones.

La comuna organiza funcionalmente su acción de gobierno en áreas de gestión. La LOC prevé¹⁵⁸ que cada comuna cuente con un área de participación vecinal y otra de control comunal. El resto de las áreas deben ser establecidas teniendo en cuenta la estructura organizativa del Poder Ejecutivo, lo dispuesto por el artículo 128 de la Constitución de la Ciudad y las prioridades comunitarias. Las áreas de gestión de la Junta Comunal son distribuidas entre los miembros, de acuerdo con lo que esta disponga. La organización funcional en áreas de gestión en ningún caso implica menoscabo de la responsabilidad de los integrantes de la Junta Comunal por las decisiones que adopte en ejercicio de sus competencias.

156. Comadira, Julio R. y Monti, Laura, “Procedimientos administrativos: Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y comentada”, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 156. Concordantemente: Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes, 270:169.

157. Artículo 27 LOC.

158. Artículo 28 LOC.

Nos referimos en otro lugar a los conflictos judiciales suscitados en torno a los decretos N° 376-GCBA-2011 y N° 251-GCBA-2014 que dispusieron, respectivamente, la creación de órganos desconcentrados con facultades superpuestas con las de las Juntas Comunales y estructuras internas –gerencias y subgerencias– dentro de ellas.¹⁵⁹

Independientemente del modelo de organización de la estructura burocrática que se establezca, lo fundamental en el diseño constitucional es garantizar el fortalecimiento institucional de las comunas a partir de la constitución de la Junta, como una instancia que ejerce en forma conjunta la función política y supervisa activamente el cumplimiento de la función administrativa.

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA COMUNAL

La LOC detalla en el artículo 29 sus atribuciones. La función principal es la de ser el representante legal de la comuna y su administrador general. En ello se justifica la mayor remuneración que le acuerda el artículo 25 de la LOC. También se le asignan funciones propias de un secretario, como la confección de la orden del día o convocar las reuniones.

Es el representante de la comuna en el Consejo de Coordinación Intercomunal y también quien debe rendir cuentas semestralmente ante el Consejo Consultivo de lo actuado por la Junta Comunal.

En ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta, puede sustituir la voluntad del cuerpo colegiado que integra ni su carácter de representante legal le permite desconocer lo decidido por la Junta mediante las mayorías legales o reglamentarias.

Artículo 131

Cada Comuna debe crear un organismo consultivo y honorario de deliberación, asesoramiento, canalización de demandas, elaboración de propuestas, definición de prioridades presupuestarias y de obras públicas y seguimiento de la gestión. Está integrado por representantes de entidades vecinales no gubernamentales, redes y otras formas de organización. Su integración, funcionamiento y relación con las Juntas Comunales son reglamentados por una ley.

Como anticipamos al comentar el artículo 127, el diseño de instituciones participativas que prevé la Constitución de la Ciudad encuentra

159. Remitimos al comentario al artículo 128 de la Constitución.

en las comunas un rol preponderante,¹⁶⁰ y es en dicho contexto que la disposición del artículo 131 canaliza la participación vecinal, tanto desde el punto de vista orgánico –creación de un Consejo Consultivo Comunal en cada comuna– como procedimental –aplicación de los mecanismos de participación pública al ámbito comunal–.

En los debates constituyentes se hizo hincapié¹⁶¹ en que la creación de estos mecanismos participativos garantizaba uno de los objetivos esenciales de la propuesta política en la que coincidían todas las fuerzas porque se vincula con la forma en que la “gente de carne y hueso” puede hacer valer sus demandas, sus propuestas y sus expectativas para mejorar su calidad de vida en la ciudad, así como también con la forma de vincularse con las autoridades.

De forma concordante, sostuvo la jurisprudencia que las comunas son una clara manifestación de la democracia participativa, que constituyen canales institucionales que exceden el derecho a elegir o ser elegido, pues hacen al ejercicio efectivo de los derechos políticos y civiles a través de una participación real y más activa en la determinación de las políticas públicas.¹⁶²

DEL CONSEJO CONSULTIVO COMUNAL

Creación e integración

La Constitución, como vimos, prevé la existencia de un organismo –el Consejo Consultivo Comunal–, de carácter consultivo y honorario,¹⁶³

160. Recordemos, como ha sostenido la jurisprudencia, que el modelo constitucional de la Ciudad de Buenos Aires exhibe rasgos específicos que lo distinguen del concierto federal de la República por sentar sus bases de gobierno en una democracia con una ingente descentralización y participación ciudadana (Ver Expte. N° 240 *in re* “Comercio de maderas SA y Denalí SA contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)”, resuelto el 8 de noviembre de 2001; “Desplast, Gustavo c/GCBA s/amparo”, de fecha 06/04/04, citados en Cámara CAyT, Sala II, “Gentili, Rafael Amadeo y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. N° 39938/0, 15/02/2013.

161. Convencional Elsa Kelly, *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, op. cit., T. 2, p. 386.

162. CCAyT, Sala II, “Gentili, Rafael Amadeo y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. N° 39938/0, 15/02/201, del voto del Juez Balbín.

163. Sobre el punto se ha expuesto que “la indicación normativa de que la intervención de los integrantes del organismo debe tener carácter honorario viene montada en la firme creencia que se ha instalado en la sociedad de que los servicios sociales y la gestión pública no equivalen a una actividad laboral. De ese modo lo único que se consigue es que

como ámbito donde se manifestará la participación en sintonía con las finalidades de la LOC: “facilitar la participación en el proceso de toma de decisiones y en el control de los asuntos públicos”, “promover el desarrollo de mecanismos de democracia directa” y “consolidar la cultura democrática participativa”.¹⁶⁴

En concordancia con ello, la LOC crea en el ámbito de cada comuna el Consejo Consultivo Comunal y define su composición.¹⁶⁵ Siguiendo la pauta constitucional, se dispone que estará integrado por los representantes de entidades vecinales no gubernamentales, partidos políticos, redes y otras formas de organización con intereses o actuación en el ámbito territorial de la comuna, quienes no perciben remuneración ni compensación económica alguna por sus servicios.

Si bien la Constitución lo entiende como una entidad participativa de segundo grado integrada por “representantes” de otras organizaciones, la LOC prevé que “las normas de funcionamiento interno de cada Consejo Consultivo Comunal deben garantizar el derecho de los vecinos domiciliados en la comuna a participar en forma individual de [sus] actividades”.¹⁶⁶ Mucho se ha debatido sobre esto, habida cuenta de que el texto constitucional refiere sólo a entidades, redes y “otras formas de organización”, por lo que privilegió las formas asociativas. Por un lado se ha afirmado que la participación de personas a título individual desvirtuaría la representatividad del organismo y posibilitaría eventuales “tácticas de copamiento”; por el otro, que de ese modo se desconoce el fenómeno del individuo que participa y se interesa por los temas del barrio sin pertenecer a ninguna organización. La ley optó por una solución “salomónica” que sólo podrá ser evaluada frente a la reglamentación concreta que, en definitiva, adopte para sí cada Consejo Consultivo en el marco de la facultad otorgada por la ley.

Debemos aclarar que el término ONG se aplica a una heterogeneidad de formas asociativas, pero que tienen ciertas características comunes. En general, existe cierto consenso en señalar que se trata

acepten integrar la red social de organizaciones y convertirse en sus dirigentes quienes tienen rentas suficientes: una manera de formalizar la discriminación diferenciadora que los propios textos constitucionales proclaman que debe combatirse” (Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada, op. cit.*, p. 367).

164. Artículo 3, incisos b, c y g de la LOC.

165. Artículos 33 y 34 LOC.

166. Artículo 34 LOC.

de organizaciones no estatales, sin fines de lucro, de asociación voluntaria y con mecanismos de autogobierno. Estos criterios nos permiten diferenciar las organizaciones de la sociedad civil de otras formas, propias del sistema político y del económico.¹⁶⁷

Las organizaciones no gubernamentales se han revelado como un factor de gran dinamismo en la defensa de determinadas cuestiones. Así ha ocurrido con el medio ambiente, los derechos del consumidor, los derechos humanos, etc. Sus estilos de actuación se han convertido en valiosos canales para la participación ciudadana. A la vez, permiten la agrupación de personas alrededor de temas puntuales que, gracias a ese tipo de solidaridad, alcanzan espacios de significativa fuerza frente a los poderes estatales.

El artículo 34, arriba transcrito, refiere como integrantes del Consejo a las entidades vecinales no gubernamentales (ONG), partidos políticos, redes y otras formas de organización con intereses o actuación en el ámbito territorial de la comuna, respecto de las cuales, entendemos, debe primar un criterio amplio, no restrictivo de participación.

Corresponde referir aquí la causa “Castañeda”,¹⁶⁸ en la que un grupo de vecinos que integrarían el Consejo Consultivo Comunal de la Comuna N° 14, dedujeron acción de amparo contra la Junta de dicha comuna y su presidente con la finalidad de que se les garantizase el derecho reconocido en el artículo 131 de la CCABA.

En este sentido, sostuvieron que tras la elección de autoridades de la Junta Comunal, se constituyó el Consejo Comunal y se designaron, de acuerdo con lo previsto en el reglamento interno de este último, el Moderador, el Secretario de Actas y la Comisión de Coordinación y Secretaría. Sin embargo, según sostienen, con posterioridad a ello la Junta Comunal habría comenzado a pretender intervenir en el funcionamiento del Consejo, asumiendo roles que no le corresponderían y, en particular, les habría denegado la posibilidad de conocer la nómina de vecinos y organizaciones inscriptas para integrar dicho órgano. Por ende, dirigieron su acción al Presidente de la Junta para que acompa-

167. Ryan, Daniel, “Democracia participativa, ambiente y sustentabilidad”, *Ecología de la Información: escenarios y actores para la participación en asuntos ambientales*, FLACSO/Chile - Nueva Sociedad, 2001.

168. CCAyT, Sala II, autos “Castañeda, Ricardo Daniel y otros c/Junta Comunal de la Comuna 14 y otros s/amparo”, Exp. N° A64347-2013/O, resueltos en julio de 2014.

ñe los datos del listado de inscriptos en el Consejo, a la vez que se convocara a una reunión de normalización y regularización del órgano.

La acción fue rechazada sin sustanciación (*in limine*). Entendió el Tribunal que la eventual satisfacción de la pretensión exigiría la intervención en el funcionamiento de la propia comuna para restablecer su orden, lo cual importaría avanzar sobre las atribuciones de la Legislatura. Consideró la mayoría que, bajo el indirecto argumento de que se encontraría involucrado el derecho que les asistiría a participar en el Consejo Consultivo Comunal, se pretendía, en suma, la intervención judicial en su funcionamiento.

Interesa detenernos en la disidencia de la jueza Daniele, para quien debía declararse competente el fuero, ya que los actores solicitaban al Poder Judicial que dictara sentencia normalizando y regularizando el funcionamiento del Consejo Consultivo, como modo de preservar el derecho que les asistía en los términos del artículo 131, y justamente el caso sometido a decisión exigía evaluar si este último derecho se encontraba o no afectado. La jueza reseñó para ello el reglamento interno de aquel órgano,¹⁶⁹ al que definió como “una organización de la sociedad civil, con reconocimiento constitucional, en la que confluyen heterogéneos sectores de interés, entre ellos los partidos políticos”, y concluyó que en el caso no se encuentra involucrada ni una causa electoral en sentido estricto que provoque la intervención del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, ni se vincula con una pretensión de acceso a la información pública en los términos de la Ley N° 104, ni tampoco las facultades de la Legislatura en orden a una eventual intervención, sino que la pretensión se trataba de la garantía del derecho de los actores a participar en el Consejo Consultivo Comunal.

Funciones

La LOC establece¹⁷⁰ que sus funciones son: a) Participar del proceso de elaboración del programa de acción anual y anteproyecto de presupuesto

169. Reseñó que el reglamento establece que el Consejo Consultivo de la Comuna se integra con la totalidad de los vecinos mayores de edad que tengan su domicilio en esa jurisdicción y deseen participar, así como por los representantes de entidades vecinales, organismos no gubernamentales, partidos políticos, redes y otras formas de organización de intereses o actuación en el ámbito territorial de la comuna (artículo 4) y que regula la integración, funcionamiento y elección del Moderador (artículo 15), del Secretario de Actas (artículo 16) y de la Comisión de Coordinación y Secretaría (artículo 23).

170. Artículo 35 LOC.

de la comuna y definir prioridades presupuestarias y de obras y servicios públicos. b) Efectuar el seguimiento, evaluar la gestión comunal y supervisar el cumplimiento de la correcta prestación de los servicios públicos brindados por el Poder Ejecutivo en la comuna. c) Presentar ante la Junta Comunal iniciativas así como propuestas para la implementación de programas y políticas de interés comunitario. d) Formular solicitudes de convocatoria a audiencia pública y a consulta popular. e) Promover, ordenar, canalizar y realizar el seguimiento de las demandas, reclamos, proyectos y propuestas de los vecinos. f) Promover políticas de comunicación ciudadana, de acceso a la información y de participación vecinal. g) Promover la utilización de los mecanismos de participación ciudadana entre los vecinos de la comuna. h) Controlar la ejecución del presupuesto de la comuna. i) Elaborar las normas de su funcionamiento interno en consonancia con la presente ley. j) Generar espacios abiertos de discusión, foros y toda otra forma de participación directa para debatir y elaborar propuestas sobre acciones, obras, programas y políticas públicas. k) Asesorar a la Junta Comunal sobre las materias que son competencia de la comuna.

Advertimos así que posee funciones deliberativas, en las que debe asegurar el pluralismo de ideas (incisos a, c, d, e y j); de asesoramiento, para lo que deberá convocar técnicos en las correspondientes áreas materia de consultas (incisos a, c y k); de canalización de demandas, para lo que podrá recurrir a encuestas o audiencias públicas (incisos b, c, d, e y g); de elaboración de propuestas, lo cual también implica conocimientos técnicos y apertura social suficiente (incisos a, b, c, e, f, g, e i); de definición de prioridades presupuestarias, que luego la Legislatura no podrá dejar de tomar en cuenta a la hora de aprobar el presupuesto de la Ciudad y sus respectivas imputaciones comunales (incisos a y b) y, finalmente, de obras y seguimiento de la gestión, lo cual conlleva la necesidad de organizar algún tipo de órgano o mecanismo de control (incisos k, j, h y e).¹⁷¹

En este sentido, debe tenerse presente que la participación debe ser informada, organizada y estructurada, oportuna y con mecanismos que permitan una adecuada difusión. En general se sintetizan las etapas de la participación en tres: información, consulta y concerta-

171. Quiroga Lavié, H., *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada, op. cit.*, p. 367.

ción.¹⁷² El Consejo debe propender a ello desde su funcionamiento. Al respecto, no debe soslayarse que se ha resuelto que la posibilidad de participar en la definición de prioridades presupuestarias constituye un derecho político tutelado por la Constitución y los Tratados Internacionales y que puede ser, por lo tanto, objeto de tutela judicial.¹⁷³

En lo que respecta a la elaboración del anteproyecto de presupuesto de la comuna, a cargo de la Junta, el artículo 15 de la ley dispone que debe realizarse a través de mecanismos que, a escala barrial, garanticen la participación de los vecinos en la fijación de metas, formulación y control presupuestario y que tal discusión se dará “en el ámbito del Consejo”.

Es de destacar el importante rol de control político de la gestión comunal que asume el Consejo, vinculado a la ejecución presupuestaria. En este aspecto, la función no se limita al mero asesoramiento o canalización de demandas.

Funcionamiento descentralizado y tratamiento obligatorio de sus recomendaciones

Dos disposiciones de la LOC que merecen ser destacadas son las que establecen que el Consejo Consultivo Comunal funciona descentralizadamente y debe reunirse en forma mensual (el lugar de reunión debe rotar entre los distintos barrios que integren la respectiva comuna). También que puede autoconvocarse de acuerdo a lo que establezcan las normas para su funcionamiento interno.¹⁷⁴

En otro orden se dispone que “las recomendaciones emanadas del Consejo Consultivo Comunal son de consideración obligatoria por la Junta Comunal”.¹⁷⁵

Hemos afirmado al respecto¹⁷⁶ que lo obligatorio es el tratamiento, no la ejecución. Sus opiniones no son vinculantes. La tensión se resolvería a favor de las facultades decisorias de la Junta Comunal, aun-

172. Nicod, Chantal, “Proceso de concertación público-privado: Una oportunidad para el desarrollo económico local (Estudios de casos en Bolivia, Chile y Perú)”, Santiago de Chile, ILPES-CEPAL, 1999.

173. Remitimos a las consideraciones y citas efectuadas en el comentario al artículo 129.

174. Artículo 36 LOC.

175. Artículo 37 LOC.

176. Salvatelli, Ana, *Las Comunas Porteñas*, op. cit., p. 169; y Scheibler, Guillermo, “Buenos Aires, ciudad de Comunas”, op. cit.

que esta debe asegurarse de fundar adecuadamente las decisiones que adopte, más aún si son en contra de la opinión del Consejo Consultivo.

OTROS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN

A lo expuesto hasta aquí en materia de Consejo Consultivo Comunal, la LOC adiciona,¹⁷⁷ extendiendo las garantías de participación pública, la aplicación en el ámbito comunal de las disposiciones de las leyes que regulan los mecanismos de audiencia pública, iniciativa popular, referéndum y consulta popular, derecho a la información y revocatoria de mandato, todo en cuanto sean aplicables.¹⁷⁸

Recordemos en este sentido que la Constitución de la CABA, en su artículo 63, prevé que

... [las] Comunas pueden convocar a audiencia pública para debatir asuntos de interés general de la ciudad o zonal, la que debe realizarse con la presencia inexcusable de los funcionarios competentes. La convocatoria es obligatoria cuando la iniciativa cuente con la firma del medio por ciento del electorado de la Ciudad o zona en cuestión. También es obligatoria antes del tratamiento legislativo de proyectos de normas de edificación, planeamiento urbano, emplazamientos industriales o comerciales, o ante modificaciones de uso o dominio de bienes públicos.

La Ley N° 6, que regula el instituto, indica que

... constituye una instancia de participación en el proceso de toma de decisión administrativa o legislativa en el cual la autoridad responsable de la misma habilita un espacio institucional para que todos aquellos que puedan verse afectados o tengan un interés particular expresen su opinión respecto de ella. El objetivo de esta instancia es que la autoridad responsable de tomar la decisión acceda a las distintas opiniones sobre el tema en forma simultánea y en pie de igualdad a través del contacto directo con los interesados.¹⁷⁹

177. Artículo 38 LOC.

178. Remitimos a los comentarios de los artículos 63, 64, 65, 66 y 67 de esta Constitución. En materia de acceso a la información pública, remitimos a los comentarios a los artículos 12 y 105, inciso 1; y también a Scheibler, Guillermo (coord.), *Acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley 104 comentada y concordada*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012.

179. BOCBA N° 420, del 03/04/1998.

Aunque con carácter previo a la puesta en marcha de las comunas, resulta relevante destacar que por iniciativa de un Consejo Consultivo Honorario (el del por entonces CGP N° 8) se llevó a cabo la primera audiencia pública de requisitoria ciudadana, convocada¹⁸⁰ con el objeto de tratar la factibilidad de la construcción de un hospital en el barrio de Villa Lugano que se encontraba prevista en una antigua ordenanza. Recordemos que son audiencias públicas de requisitoria ciudadana aquellas que deben convocarse cuando así lo solicite al menos el medio por ciento del electorado del último padrón electoral de la Ciudad, la comuna o las comunas al Poder Ejecutivo, a la Legislatura o a las comunas.¹⁸¹

El artículo 66 menciona que la autoridad de la comuna –entre otros– puede convocar, dentro de su ámbito territorial, “a consulta popular no vinculante sobre decisiones de sus respectivas competencias. El sufragio no será obligatorio. Quedan excluidas las materias que no pueden ser objeto de referéndum, excepto la tributaria”. Es interesante en este sentido la experiencia recogida a partir de la consulta popular que tuvo lugar en la Comuna 9, cuando por resolución del 19 de diciembre de 2014 la Junta convocó al electorado para que el día 5 de julio de 2015 expresara en forma positiva o negativa el cambio de denominación de la comuna por el nombre “Lisandro de la Torre”. El procedimiento y la fórmula fueron aprobados por Acordada Electoral del TSJ N° 18/2015. Luego de practicada la elección, por Resolución N° 376/PJCABA/TSJ/15 se declaró que el resultado fue positivo y consecuentemente la Junta Comunal elevó el correspondiente proyecto de ley a la Legislatura postulando el cambio de denominación.¹⁸² No es un dato menor destacar que es la primera consulta popular que se realizó en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires desde la instauración de su autonomía en 1996.

180. Decreto 557-GCBA-2003.

181. Artículo 17 y ss. de la Ley N° 6.

182. Siguiendo el procedimiento previsto para ello en el artículo 6 de la LOC. Ver también Scheibler, Guillermo, “Debut de la consulta popular porteña”, *Newsletter* N° 32 del 5 de junio de 2015, Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (www.adaciudad.org.ar).

TÍTULO SÉPTIMO

Órganos de Control

Capítulo primero

Disposiciones generales

Artículo 132

La Ciudad cuenta con un modelo de control integral e integrado, conforme a los principios de economía, eficacia y eficiencia. Comprende el control interno y externo del sector público, que opera de manera coordinada en la elaboración y aplicación de sus normas. Los funcionarios deben rendir cuentas de su gestión.

Todo acto de contenido patrimonial de monto relevante es registrado en una base de datos, bajo pena de nulidad. Se asegura el acceso libre y gratuito a la misma.

REFLEXIONES SOBRE EL CONTROL INTEGRAL E INTEGRADO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Por Paula Oliveto Lago

INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo consiste en profundizar en la naturaleza y el alcance de los Sistemas de Control en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, atendiendo a que estos se deben desarrollar de manera integral e integrada.

No podemos soslayar que el control del poder es uno de los pilares donde se asientan las bases del constitucionalismo moderno. En tanto, el límite a ese poder es necesario para la estructuración del Estado, con miras a garantizar el pleno ejercicio de los derechos.

Así, entendemos que el control constituye un elemento inescindible del concepto de Constitución, ya que, como bien afirma Manuel Aragón: “sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitu-

ción desplegar su fuerza normativa, y sólo si el control forma parte del concepto Constitución puede ser entendida esta por norma”.¹

La democracia, como régimen político, se materializa mediante la existencia de diversas formas de control de los gobiernos. Es esta caracterización del control sobre los gobiernos la que diferencia a la democracia de las dictaduras.

Solamente en democracia y con la plena vigencia del régimen republicano los gobernantes se encuentran obligados a rendir cuentas de sus actos de gobierno y son controlados por organismos constitucionales creados a tales efectos.

La existencia de límites afirma una Administración Pública moderna, que en su ejercicio debe verificar una serie de controles para que se cumpla con los objetivos constitucionales y la satisfacción de los intereses generales.

James Madison,² ex Presidente de los Estados Unidos, lo definió así: “Si los ángeles fueran gobierno no se necesitaría control externo ni interno. La dependencia del pueblo es, sin duda, el primer control del gobierno; pero la experiencia indica que el género humano necesita de precauciones auxiliares”.

Estas precauciones auxiliares se encuentran previstas en los controles establecidos por nuestra Carta Magna, los cuales no son otra cosa que reglas, sistemas y mecanismos ideados para obligar y contribuir al ejercicio responsable y ordenado del poder. Un funcionario responsable en el ejercicio de su mandato es aquel que se sujeta a la norma, muestra lo que hace y se hace cargo de sus resultados.

La asignación de responsabilidades es consustancial a la democracia y a los regímenes republicanos.

La idea de responsabilidad política lleva implícito el principio de control ejercido por un sujeto, individuo o institución distinta de aquel o aquella que gobierna.

1. Aragón, Manuel, *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1995, p. 12.

2. Hamilton, A.; Madison, J. y Jay, J., *El Federalista* (traducción de Gustavo R. Velasco), Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1943. El Federalista es una colección de 77 artículos escritos en apoyo a la Constitución de los Estados Unidos, publicados por los mencionados autores bajo el seudónimo de Cartas de Publio, en tres diarios de la ciudad de Nueva York, entre octubre de 1787 y mayo de 1788, más otros ocho artículos que se incorporaron cuando se realizó la edición completa.

Son características de la República aquellas que impiden el uso hegemónico del poder. Entonces, la República respeta, promueve y defiende el Estado de Derecho, la efectiva división y el control de los poderes públicos –que permite proteger los derechos de los individuos–, la responsabilidad de los funcionarios, la publicidad de los actos de gobierno, la igualdad, la autonomía, la dignidad de las personas, la deliberación pública y la necesidad de construir instituciones estables.

EL SURGIMIENTO DEL CONTROL EN LOS ESTADOS MODERNOS

Desde la época del virreinato, la administración de nuestro territorio estaba sometida a alguna forma de control, ya sea por disposición del rey o por el Consejo de Indias. El control estaba circunscripto a la recaudación y no a las formas del gasto. Se trataba de establecer instituciones que permitieran, desde la distancia, supervisar el manejo de los fondos en las colonias.

Es con la Revolución Francesa y la consagración de los “Derechos del Hombre y el Ciudadano” cuando se establece el principio rector: que los ciudadanos por sí o a través de sus representantes, se encuentren facultados para verificar la contribución pública y el control sobre su empleo.

Vale recordar que, en el Acta del Cabildo, del 25 de mayo de 1810, se incorporaron las facultades y obligaciones de la Primera Junta, la publicidad mensual del estado de la Administración de la Hacienda y la imposibilidad de aplicar contribuciones y gravámenes sin autorización del Cabildo. Allí se sientan las bases de la nueva organización institucional, donde se dispone la publicidad de las cuentas públicas y el origen popular del impuesto. Quien pagaba debía votar el impuesto y podía controlar el destino que se le daba.

La Constitución de 1819, por primera vez, le atribuye al Legislativo la facultad de aprobar la cuenta general de las rentas públicas.

Como colofón, basta recordar que las constituciones de los años 1819, 1826 y 1853 no contemplaron la inclusión de organismos de control en su articulado. Tampoco lo hicieron sus posteriores reformas de 1860, 1866 y 1898. Sólo en la Convención Constituyente reunida en Santa Fe en 1857 se presentaron tres proyectos de creación de Tribunal

de Cuentas, pero únicamente uno de ellos le otorgaba estatus constitucional, y nunca fue tratado.

Avanzando en el tiempo, encontramos como antecedente válido el establecido por el Decreto-Ley N° 23354 (Ley de Contabilidad), que determinó la creación de un Tribunal de Cuentas como una unidad de fiscalización externa. La evolución que denota esta norma es significativa ya que sostiene como garantía la independencia del organismo controlador respecto de la Administración controlada, la independencia funcional y la estabilidad de sus miembros, incorporando funciones de control y jurisdiccionales.

Las repercusiones de la nueva ley no se hicieron esperar. Se destacaba por aquella época que la creación de Tribunal de Cuentas constituía un avance, dado que el organismo se encontraba dotado de las máximas facultades e independencia, garantizando, así, las tareas de fiscalización.

En la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, la Ley N° 19987³ establecía dos organismos el Contador General y el Tribunal de Cuentas, aunque este último no se constituyó. Cabe recordar que antes de la reforma constitucional de 1994, que consagra la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, la Municipalidad de la Ciudad era auditada por los organismos contemplados en la Ley N° 24156, tal es el caso de la Auditoría General de la Nación, entre otros.

En la década del noventa, el control público sufrió importantes modificaciones a partir de la sanción de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24156, que estableció la creación de dos sistemas: el control interno, en cabeza de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) y el control externo en cabeza de la Auditoría General de la Nación (AGN), instalando a este último en jurisdicción del Congreso de la Nación y dotándolo de personería jurídica propia e independencia funcional y financiera.

El constitucionalista Karl Loewenstein⁴ enseñaba que

El mecanismo más eficaz para el control del poder político consiste en la atribución de diferentes funciones estatales a diferentes órga-

3. Ley N° 19987, Ley Orgánica de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Contador General, art. 32 y ss. y Tribunal Municipal de Cuentas, art. 85 y ss.

4. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 2° ed., 1970, p. 55.

nos estatales, que si bien ejercen dicha función con plena autonomía y propia responsabilidad están obligados, en último término, a cooperar para que sea posible una voluntad estatal válida.

Posteriormente, con la reforma constitucional de 1994 se terminó de perfeccionar el sistema de control público otorgándole a la Auditoría rango constitucional, y reforzando y profundizando el concepto de autarquía, al considerarla como un organismo de asistencia técnica del Congreso. Es precisamente en las democracias modernas donde los parlamentos asumen dos funciones determinadas: legislar y controlar. Con la mencionada reforma de 1994, queda establecido explícitamente que el control externo del sector público abarca sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, como atribución propia del Poder Legislativo, pero con la intervención técnica de un organismo de control autárquico.

Carlos Balbín⁵ comenta que “el modelo actual es razonable y quizá mejor que el anterior, siempre que el órgano de control esté dirigido por los partidos de oposición”.

Germán J. Bidart Campos⁶ enseña, respecto de la AGN, que

Si se presta debida atención al art. 85 queda la impresión cierta de que divide en dos el ámbito de competencias de la Auditoría: a) por un lado, la asistencia técnica del congreso; b) por el otro, el control de legalidad, gestión y auditoría en el ámbito demarcado por el párrafo tercero del art. 85 de la CN. En el primer caso, la Auditoría dictamina; en el segundo, controla.

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires acoge el sistema establecido en la Constitución Nacional.

EL CONTROL PÚBLICO EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

El esquema de control adoptado por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su Título Séptimo “Organismos de Control”, artículo 132, establece:

5. Balbín, Carlos, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial La Ley, 2012, p. 189.

6. Bidart Campos, Germán, J., *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, 1996, T. III, p. 163.

La Ciudad cuenta con un modelo integral e integrado, conforme los principios de economía, eficacia y eficiencia. Comprende el control interno y externo del sector público, que opera de manera coordinada en la elaboración y aplicación de sus normas. Los funcionarios deben rendir cuentas de su gestión.

Este artículo de la Ley Fundamental propone un sistema integral e integrado, es decir que no pretende omitir ninguno de los aspectos funcionales del ejercicio del control.

En relación con la concepción sistémica adoptada por la Constitución, refiere al conjunto de principios, organismos, recursos y procedimientos para la concreción de los objetivos y metas del control público. Entonces, debemos interpretar la idea del control integral e integrado desde la perspectiva de la existencia de dos sistemas de control: el interno y el externo. La Constitución dispone que las labores de los dos órganos se integren en su desarrollo, sin superposición de actividades, respetando procedimientos de coordinación y colaboración.

La palabra integral nos remite a la organización gubernamental en todas sus áreas y sus operaciones. Así, al circunscribir la mirada al control gubernamental, en cuanto a su alcance, nos lleva a que dicha actividad administrativa abarque los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, legales y de gestión.

El control es integrado, por cuanto forma parte del proceso de la gestión. El control se debe ejercer sobre todas las áreas del sector público de la Ciudad de Buenos Aires.

Se entiende por sector público de la Ciudad de Buenos Aires al comprendido por la Administración central (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), las comunas, los organismos descentralizados, entidades autárquicas, organismos de la seguridad social, las empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado de la Ciudad tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias y las entidades.

Como se comprueba, a lo largo del tiempo se han ido incorporando al sector público de nuestra Ciudad Autónoma distintas figuras vinculadas a la gestión de los fondos estatales. En su origen, muchas de ellas pretendían escapar de las normas regulares de fiscalización

presupuestaria, pero han sido incorporadas y definidas a partir de la sanción de la Ley de Administración Financiera N° 70.

Ese control debe ser llevado a cabo conforme los principios de eficiencia, eficacia y economía. Estos criterios están interrelacionados, a saber: *eficacia*: que evalúa el grado de cumplimiento de metas y objetivos; *eficiencia*: estudia si los recursos utilizados fueron los más idóneos para alcanzar el máximo resultado viable; *economía*: pondera el costo en la obtención de insumos y si estos se corresponden al valor del mercado observando volumen y calidad.⁷

El artículo 132 distingue dos tipos de control. El control interno, llevado a cabo por la Sindicatura de la Ciudad de Buenos Aires, que puede ser definido como un proceso llevado a cabo por una organización en el esquema del control administrativo del sector público local. Este es realizado por un órgano que no es independiente del controlado y que está subordinado jerárquicamente al Jefe de Gobierno.

Sabsay y Onaindía⁸ entienden que “El funcionamiento eficaz de este órgano constituye un elemento fundamental de la transparencia en la gestión de gobierno, que es uno de los pilares de la organización constitucional de la Ciudad...”.

Se entiende por control gubernamental externo, en cabeza de la Auditoría General de la Ciudad, el conjunto de procedimientos de relevamiento y análisis de la gestión de gobierno llevada a cabo por un organismo independiente, con solvencia técnica y capacidad de formular observaciones y recomendaciones.

La Auditoría General de la Ciudad tiene personería jurídica, legitimación procesal y autonomía funcional y financiera. Ello así, la legitimación procesal le permite interponer acciones ante la Justicia en forma directa, sin tener que solicitar la mediación del Ministerio Público.⁹

Con relación a la rendición de cuentas, entiendo oportuno tomar como hilo conductor la noción de *accountability*, palabra que pone de

7. Zilli de Miranda, Martha, *Control de la Administración Pública en el ámbito nacional: la Sindicatura General de la Nación*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2002.

8. Sabsay, Daniel y Onaindía, Miguel A., *La Constitución de los Porteños*, Buenos Aires, Editorial Errepar, 1997, p. 265.

9. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 376.

manifiesto dos aspectos centrales y comunes a todos los sistemas de control público: la obligatoriedad de la rendición de cuentas y la correlativa asignación de responsabilidades.

Accountability es:

... un tema propio de las democracias representativas, puesto que es en ellas que existe el riesgo de que los gobernantes, una vez elegidos, se alejen de las preferencias manifestadas por el electorado. El mecanismo previsto para combatir este peligro es la organización de elecciones periódicas por las cuales la población da o retira su apoyo a los gobiernos (...). De esta forma, un gobierno electoralmente mayoritario no puede ser considerado por ese solo hecho plenamente democrático, si en forma concurrente y complementaria no está sometido a pruebas de control y validación, lo que implica el surgimiento de una nueva cultura de la responsabilidad política. A ello responde el incremento de instituciones y autoridades de control y procedimientos vinculados a la rendición de cuentas como herramientas de una democracia sustentable, genuinamente representativa y opuesta a las formas y expresiones delegativas que con frecuencia asume en muchos países de nuestro hemisferio.¹⁰

Por tanto, la *accountability* se sostiene en cuatro principios rectores: la responsabilidad de los funcionarios públicos, la transparencia, el control institucional mediante instituciones fiscalizadoras y el control social.

Crear organismos fuertes e independientes es desafío del sistema político. Si la autoridad estatal y las instituciones diseñadas para el control no ejercen su rol, se lesiona el sistema republicano.

El control de nuestro sistema legal se aparta ostensiblemente del tipo de control represivo o punitivo, en el que según expresa José Augusto Lapierre,¹¹ más que aportar al logro de un desarrollo eficiente de la gestión administrativa se trataba en lo esencial de desnudar sus aspectos negativos.

10. Despouy, Leandro, "Control y Rendición de Cuentas en un Estado democrático", en Sabsay, Daniel A. (dir.) y Manili, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial: Separata*, Auditoría General de la Nación, Comentario al art. 85, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

11. Lapierre, José Augusto, "Los controles de la Administración Pública", en *El Derecho Administrativo Hoy: Jornadas presididas por el Prof. Dr. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Ed. Ciencias de la Administración, 1996, p. 102.

La doctrina moderna identifica a los organismos de control, como órganos de advertencia, que recomiendan o aconsejan. Excluyéndose de sus atribuciones la posibilidad de sancionar.

La función fundamental de los Entes de Fiscalización es contribuir al mejoramiento de la gestión pública como una manera de procurar el uso adecuado y eficiente de los recursos públicos.

Particularmente, Roberto Dromi¹² expresa:

Existe una profunda razón jurídica y política justificativa del control en todas las instancias del quehacer público. El control se impone como deber irreversible, irrenunciable e intransferible para asegurar la legalidad de la actividad estatal. Sin control no hay responsabilidad. No puede haber responsabilidad pública sin fiscalización eficaz de los actos públicos. A tal fin existe una diversidad de vías y remedios procesales para hacer efectivo dicho control. A ello hay que sumar también la estructura orgánica especializada a los fines fiscalizadores del quehacer público, teniendo en miras la protección del bien general.

Merecen un párrafo las opiniones de Agustín Gordillo,¹³ cuando afirma en relación con la AGN lo siguiente:

Yendo al fondo del ejercicio del control, cabe apuntar que, si eventualmente la Auditoría General de la Nación se dedica a perseguir, como antaño el Tribunal de Cuentas de la Nación, a los ladrones de gallinas, la pequeña rapiña, las faltas de hurto famélico, no merecerá sino el mismo juicio crítico que en su momento se ganó el Tribunal de Cuentas de la Nación. Lo mismo si siempre investiga el pasado en vez de prevenir el presente y futuro. Para que su contralor sirva deberá procurar detectar: a) las fallas sistemáticas y generales, b) las normas y reglamentos que las sustenten, c) las grandes operaciones en perjuicio del Estado o de los usuarios, que transgredan faraónicamente los principios jurídicos de eficiencia y equidad impuestos por el art. III inc. 5 de la CICC y d) también deberá hacerse cargo de la investigación del enriquecimiento doloso, público o privado, que el art. 36 de la Constitución Nacional iguala al delito de los infames traidores a la patria.

12. Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1998, Tercera Parte, Capítulo XIX.

13. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, 2003, T. I, Capítulo XII, p. 30.

En este orden, se debe mencionar que el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 24759, que aprueba la Convención Interamericana contra la Corrupción,¹⁴ en la cual se establecen normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas, sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas, sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas, sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción, órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas, entre otras.

En el marco de esta Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción¹⁵ la Argentina adoptó el compromiso de crear, mantener y fortalecer determinados institutos cuyo objetivo consiste en la prevención de las irregularidades o ilícitos administrativos. En ello se inscriben todos aquellos marcos legales tendientes a la creación, fortalecimiento y sostenimiento de órganos de control con el objetivo de prevenir, detectar, sancionar y erradicar toda práctica corrupta.

Hay que destacar que nuestro país aprobó, mediante la sanción de la Ley N° 26097, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción,¹⁶ la cual tiene como finalidad promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos, y promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

14. Ley N° 24759, Convención Interamericana contra la Corrupción, firmada en la Tercera Sesión Plenaria de la Organización de los Estados Americanos celebrada en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996.

15. Manfroni, Carlos A. y Werksman, Richard S., *La Convención Interamericana contra la Corrupción*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 55.

16. Ley N° 26097, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003.

Como lo señala Juan Bautista Alberdi:

... el que es depositario o delegatario de una parte de la soberanía popular debe ser responsable de infidelidad o abusos cometidos en su ejercicio. Para que la responsabilidad sea un hecho verdadero y no una palabra mentirosa, debe estar determinada por la ley con toda precisión; deben existir penas señaladas para los abusos de los mandatarios, jueces que las apliquen, y leyes que reglen el procedimiento del juicio político. Sin estos requisitos la responsabilidad es ineficaz; y el abuso, alentado por la impunidad nacida del vicio de la legislación, viene muy tarde a encontrar su castigo en la insurrección, remedio más costoso a la libertad que se aplica, que al poder que lo recibe...¹⁷

Finalmente, vale recordar lo que decía Mariano Moreno¹⁸ en *La Gaceta*, en 1810: “El pueblo no debe contentarse con que sus jefes obren bien, él debe aspirar a que nunca obren mal, que sus pasiones tengan un dique más fuerte que su propia virtud”.

17. Alberdi, Juan Bautista, *Organización política y económica de la Confederación Argentina* [ed. 1856], p. 28.

18. Moreno, Mariano, *La Gaceta de Buenos Aires*, edición del 28 de octubre de 2010.

Capítulo Segundo

Sindicatura General

Artículo 133

La Sindicatura General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dependiente del Poder Ejecutivo, tiene personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera. Una ley establece su organización y funcionamiento.

Su titular es el Síndico o Síndica General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires designado y removido por el Poder Ejecutivo, con jerarquía equivalente a la de ministro.

Tiene a su cargo el control interno, presupuestario, contable, financiero, económico, patrimonial, legal y de gestión, así como el dictamen sobre los estados contables y financieros de la administración pública en todas las jurisdicciones que componen la administración central y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, así como el dictamen sobre la cuenta de inversión.

Es el órgano rector de las normas de control interno y supervisor de las de procedimiento en materia de su competencia, y ejerce la fiscalización del cumplimiento y aplicación de las mismas.

Tiene acceso a la información relacionada con los actos sujetos a su examen, en forma previa al dictado de los mismos, en los casos en que lo considere oportuno y conveniente.

EL SISTEMA DE CONTROL INTERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Por Osvaldo Otheguy

INTRODUCCIÓN

El propósito esencial que persigue este comentario es distinguir el significado del término “control” –especialmente del “control interno”– en el artículo 133 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, de otros comúnmente utilizados en el Derecho Público argentino. Es el mismo que surge de la Ley N° 24156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional (LAF), así como, para brindar un ejemplo provincial, de la Ley N° 495 de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Provincial de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, y de varias leyes de países de América, entre otras, la Ley N° 1535 de Administración Financiera de la República del Paraguay.¹ Esto lleva a una visión omni-comprehensiva o sistémica (interdisciplinaria).

1. García, Cándido E. y Otheguy, Osvaldo O., “Control de Legitimidad, de Gestión e Interno en la Ley 24156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público”, en *La Ley Actualidad*, Buenos Aires, 30 de agosto de 1994; García, Cándido E. y Otheguy, Osvaldo O., “Reflexiones sobre el sistema de control integral e integrado en la Ley 24156, con particular referencia a una de sus partes: la legitimidad”, *Memoria del Segundo Congreso Internacional de Auditoría Integral*, Buenos Aires, 1995, pp. 656-661; Otheguy, Osvaldo O., “El control y la Administración Pública”, en Hutchinson, Tomás, *Colección de Análisis Jurisprudencial, Elementos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 320-324.

TEMAS A DESARROLLAR

Con ese propósito, el temario que se desarrollará es el siguiente:

- Teoría General de los Sistemas
- Sistema de Administración
- Sistema Jurídico
- Sistema de Control
- Conclusión

LA TEORÍA GENERAL DE LOS SISTEMAS [TGS]

La TGS surge como una herramienta para conocer mejor la realidad y a partir de allí para poder transformarla a través de lo preceptivo, en cuanto a normas técnicas y jurídicas.² Esta teoría tiende a lo interdisciplinario o transdisciplinario, a un vocabulario y clasificaciones comunes.

El legislador la ha elegido como una herramienta para transformar la realidad, al adoptarla como base conceptual del Título Séptimo de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, referido a Órganos de Control (ver artículo 132) y en consecuencia del artículo 133, incluido dentro de este título; de la Ley N° 70 de los Sistemas de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público de la Ciudad, dictada conforme lo ordenado en el artículo 80, inciso 10 de esa Constitución, que establece que la Legislatura debe sancionar esa ley de acuerdo a los términos del artículo 132; de la Ley nacional N° 24156 (LAF), y de la ley provincial y la de la República del Paraguay antes citadas, entre otras análogas.

Un sistema puede definirse como un conjunto de elementos relacionados entre sí que conforman una estructura (aspecto estático), donde se produce un proceso (aspecto dinámico). Todo sistema tiene un límite, un entorno, una entrada o ingreso y una salida o producto para el logro de un objetivo y se destaca dentro de él un elemento de control.

Los elementos de un sistema pueden ser heterogéneos, materiales e inmateriales: físicos, biológicos, conceptuales, sociales. En este sen-

2. Von Bertalanffy, L., *Teoría general de los sistemas*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1976.

tido, todo puede ser visto como un sistema: un automóvil, el cuerpo humano, la Administración, el Derecho.

Los sistemas se relacionan entre sí en forma jerárquica. Por ejemplo el cuerpo humano es un sistema que comprende otros sistemas, como el respiratorio o el circulatorio. Cada elemento de un sistema puede ser a su vez otro sistema, que en esa relación conforma un subsistema.

Todo sistema se transforma dentro de ciertos límites de estabilidad y esto da lugar a un equilibrio dinámico, gracias a regulaciones internas (control) que le permiten adaptarse a las variaciones de su entorno.³ Todo sistema tiende a su destrucción por entropía⁴ y cuenta con un subsistema de control que trata de evitarlo. Con el término “cibernética” se alude a lo mismo: si se toma un barco como un sistema, cuando tiene un rumbo fijado hacia un destino, frente a las tormentas, el timonel va corrigiendo el rumbo, toma medidas para llegar a destino.⁵

SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN

En lo organizacional se adopta la TGS.⁶ En este sentido la Administración también puede ser vista como un sistema. Se trata de un sistema social en el que sus elementos, conforme a la Ley N° 70, por tomar una de las analizadas, son los Sistemas o Subsistemas (por la relación jerárquica que se da, que conforman una estructura y en ellos a su vez se da un proceso) de Gestión, que incluyen el de Programación de la Acción de Gobierno y el de Inversiones Públicas (artículo 11) y el de Administración Financiera, en el cual están integrados los de Presupuesto, Crédito Público, Tesorería, Contabilidad, Contrataciones y Administración de Bienes (artículo 27), y los Sistemas o Subsistemas de Control, Interno y Externo, comprendidos en el Título IV de la ley, conforme los artículos 133 y 135 incluidos en el Título Séptimo de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

3. Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 27.

4. Entropía: progreso de un sistema hacia el estado de desorden máximo. Lo contrario, el orden: la neguentropía. Grün, Ernesto, *op. cit.*, pp. 76-77.

5. El término cibernética deriva del griego, su significado es “timonel de un barco”.

6. Hermida, Jorge; Serra, Roberto y Kastika, Eduardo, *Administración y Estrategia. Teoría y Práctica*, Buenos Aires, Ed. Machi, 4° ed., 1996, pp. 127-138.

La Ley N° 70 dice que el Sistema Presupuestario es la base de la arquitectura de los demás sistemas (artículo 27, *in fine*).

Existen otros subsistemas dispuestos por normas complementarias, como por ejemplo el de Recursos Humanos. Estos son los sistemas mencionados en la normativa, pero pueden establecerse otros dentro del arbitrio con el que se puede actuar en las diferentes disciplinas de estudio, como una manera de conocer la realidad del Sistema de Administración. Así, podríamos hablar del Sistema o Subsistema Jurídico. Entre todos los subsistemas existe una constante interrelación, pues la salida de uno puede constituir el ingreso de otro.

A su vez, la Administración puede ser considerada como un subsistema si se la incluye en el Sistema Sector Público Nacional, conforme los artículos 8 y 9 de la LAF. El Sistema Sector Público Nacional está conformado por la Administración central (que incluye el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Ministerio Público),⁷ la Administración descentralizada (constituida fundamentalmente por las entidades autárquicas, llamadas organismos descentralizados en la ley en cuestión, y las empresas y sociedades del Estado (artículo 8). De la misma manera, la Ley N° 70, en su artículo 4, dispone que el sector público de la Ciudad de Buenos Aires comprende la Administración central (Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial), los organismos descentralizados, entidades autárquicas, organismos de la seguridad social, las empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas organizaciones empresariales donde el Estado de la Ciudad tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. Asimismo, son aplicables las normas de la ley en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones públicas o privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación estén a cargo del Estado de la Ciudad de Buenos Aires a través de sus jurisdicciones o entidades (artículo 4).

Todos los objetivos de los subsistemas están ordenados al logro del objetivo del Sistema de Administración, cuyo objetivo, como se dijo, es

7. En la doctrina del Derecho Público argentino, lo común es que con los términos "Administración Central" se designe al Poder Ejecutivo Nacional y a los órganos que se encuentran en relación jerárquica con él.

la satisfacción de las necesidades públicas. En esta concepción se pasa de una administración por funciones a una por objetivos, se da una relación insumo-producto y se produce una centralización normativa y una descentralización operativa. La Administración es entonces un Sistema de Administración Gubernamental, que tiene una estructura, insumos, los procesa y logra un resultado para satisfacer necesidades públicas.

En el artículo 75, inciso 8 de la Constitución Nacional reformada en 1994, acorde con esta nueva concepción de administrar se expresa claramente que el Congreso fijará el Presupuesto General de Gastos y el Cálculo de Recursos de la Administración Nacional (el plan financiero del Estado; es decir, lo referido al dinero que ingresa y el que egresa, los gastos), en base al Programa General de Gobierno, el Plan de Inversiones Públicas y aprobará o desechará la Cuenta de Inversión. En consecuencia, los gastos se deben fijar en función de un Programa General de Acción de Gobierno, que no es otro que el conjunto de programas presupuestarios. El Sistema Presupuestario es la base financiera, el dinero de toda la gestión, pero esta abarca más que el dinero. El presupuesto sigue siendo el cálculo de recursos y la autorización de gastos, pero se integra con el todo.

La simbiosis entre programación y presupuesto ha dado origen a los programas presupuestarios (artículo 14, *in fine*, de la LAF y artículo 7, inciso c, artículo 12, incisos a y d, artículo 14 y siguientes concordantes de la Ley N° 70). El programa presupuestario también es un sistema que, en la relación jerárquica en que se encuentra, constituye otro subsistema, cuyo objetivo se ordena al de la Programación de la Acción de Gobierno. Tiene ingresos, una estructura, un proceso, un egreso o producto y un objetivo. La eficacia es el grado de cumplimiento del objetivo. La eficiencia es el mejor uso de los medios para el mayor logro del objetivo. La economía es el menor costo para el mayor logro o eficacia del objetivo (artículos 4 y 103 de la LAF y artículos 7, incisos b y c, y 119 de la Ley N° 70). Esta ley establece que se deben generar programas y formularlos, establecerlos, evaluarlos, coordinarlos, hacer un inventario de ellos y formular anualmente el Programa General de Acción de Gobierno.

Los programas se desarrollan en forma agregada con lo presupuestario. El Programa de la Acción de Gobierno y el Presupuesto de la Administración de la Ciudad se integran con los programas. El artículo 21 de la Ley N° 70 dice que el Programa General de la Acción de Gobierno

y el Plan de Inversiones Públicas son aprobados conjuntamente con la Ley de Presupuesto, en forma análoga con lo que dispone el artículo 75, inciso 8 de la Constitución Nacional reformada de 1994.

Aunque el artículo 80, inciso 12 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires expresa que la Legislatura sancionará anualmente el Presupuesto de Gastos y Recursos –es decir sólo lo financiero, o sea el dinero, sin aludir al Programa General de Acción de Gobierno–, el artículo 80, inciso 10, dispone que la Legislatura sancionará la Ley de Administración Financiera y de Control de Gestión Pública conforme a los términos del artículo 132, que está basado en la TGS ya que afirma que el modelo de control de la Ciudad es integral e integrado, conforme a los principios de economía, eficacia y eficiencia, y que los funcionarios deben rendir cuentas de su gestión. Por lo tanto, aunque se alude a la TGS en la parte del control, por el artículo 80, inciso 10 se extiende a todo el administrar. Es exactamente igual que lo dispuesto en el artículo 75, inciso 8 de la Constitución Nacional y en la LAF: se trata de una administración por objetivos, y por consiguiente el control es de los objetivos, no sólo del gasto. Esa es la diferencia fundamental entre el modelo de administración anterior al que introducen la LAF y la Constitución Nacional de 1994, que luego se continúa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las provincias con diferentes variantes, fundamentalmente porque algunas conservan el Tribunal de Cuentas al estar consignado en sus constituciones. Este es el modelo de administrar y una de sus partes, el control, que siguen los países de América, con variantes, como el de la República del Paraguay, que se ha dado como ejemplo al principio de este comentario.⁸

SISTEMA JURÍDICO

En el enfoque que se ha expuesto, el ordenamiento jurídico puede ser identificado como un sistema o subsistema del Sistema de Administración. Posee una estructura conformada, entre otros, por elementos como las normas, principios, sentencias, dictámenes, hechos, conductas, valores, órganos y entes, todos en constante cambio, en un

8. Otheguy, Osvaldo O., “Programas presupuestarios: control de gestión y control de legalidad”, *Revista de Derecho Público*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002, pp. 647-657.

equilibrio inestable, pero dentro de una unidad que permanece. Se da también un proceso, tiene ingresos –como por ejemplo motivaciones de la normativa, realidades sobre las que se actúa prescribiendo– y una salida o producto para satisfacer el objetivo del ordenamiento jurídico, que a su vez sirve al objetivo de la Administración.

LOS SISTEMAS DE CONTROL EN EL TÍTULO VII, ESPECIALMENTE EN EL CAPÍTULO SEGUNDO, ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, REFERIDO AL SISTEMA DE CONTROL INTERNO, Y EN LA LEY N° 70 DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, TÍTULO IV, CAPÍTULO I “SISTEMA DE CONTROL INTERNO”

1. El objetivo de un sistema de control en la concepción de la TGS es que se cumpla el objetivo del sistema del cual constituye un elemento o subsistema. En lo organizacional, el Sistema de Control tiene como fin que se cumpla el objetivo del Sistema de Administración. El control en esta concepción es un elemento más del sistema, y en consecuencia constituye un subsistema, cuyo fin es que se cumpla con el objetivo del Sistema de Administración (artículo 3 de la Ley N° 70).

Henri Fayol, uno de los representantes de las escuelas clásicas de administración, antes del surgimiento de la TGS decía que administrar es planificar, organizar, conducir, coordinar y controlar. Es decir que controlar es una parte del administrar. El que conduce fija los objetivos, organiza para llegar a ellos, conduce, coordina y efectúa el control de todo para que el objetivo se cumpla. Debe tener el dominio o mando de todo para el logro del objetivo.⁹

El significado esencial del término “control” en la normativa de referencia –específicamente el del control interno (CI)– es diferente al que comúnmente conocemos los abogados: es el de dominio o mando del que conduce. Sin perjuicio del de, por ejemplo, comprobación, inspección, fiscalización, supervisión, autorización, jerárquico, de tutela, recursivo, judicial, etc. Siguiendo a Gordillo, podemos decir que las definiciones y clasificaciones no son en Derecho verdaderas o falsas, sino más o menos útiles. Son convencionales, estipulativas. Lógicamente

9. Hermida, Jorge; Serra, Roberto y Kastika, Eduardo, *op. cit.*, p. 38.

ese mayor o menor valor o utilidad está determinado por el Derecho positivo sobre el cual se hace la definición o clasificación.¹⁰

El control no existe como un fin en sí mismo: es parte del proceso de administrar. Si su significado es el de dominio o mando del que conduce, el titular de cada jurisdicción o entidad está obligado jurídicamente a establecer y mantener un adecuado Sistema de Control Interno, que se plasme en los planes de organización y en los manuales de procedimientos (artículos 122 de la Ley N° 70 y 101 de la LAF). Toda gestión se desarrolla en base a esos planes de organización y procedimientos.

El artículo 132 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, la Ley N° 70 (artículo 119) y la LAF (artículo 103) dicen que el control es integral porque abarca a toda la Administración, en todas sus áreas. También dicen estas normas que es integrado y esto porque forma parte del Sistema de Administración como un elemento más o subsistema. El control es una parte del administrar.

2. Para el establecimiento de un adecuado Sistema de Control Interno del que habla el artículo 133 de la CCABA, la Ley N° 70 (artículos 120 a 130) y la LAF (artículos 96 a 115), el ordenamiento jurídico en normas de la Sindicatura General de la Ciudad de Buenos Aires (SIGEBA) y de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) ha establecido que deben existir cinco elementos: ambiente de control, identificación y apreciación de riesgos, medidas de control, información y monitoreo o supervisión.¹¹

En 1992, las organizaciones públicas y privadas interesadas en el tema, en los EE. UU. y Canadá, quisieron homogeneizar lo referido al control interno, establecer un marco conceptual común. Esto dio lugar a los informes llamados COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission) en los EE. UU. y COCO (The Canadian Institute of Chartered Accountants) en Canadá, en los que se normó técnicamente al respecto. Estos informes son la base de lo que luego se plasma jurídicamente en las resoluciones mencionadas.

10. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 5° ed., 1998, T. 1, p. VIII, 36.

11. Resoluciones N° 31/02 SIGEBA y 107/98, modificada por la N° 172/14 SIGEN, dictadas por dichos organismos en base a la competencia que les otorga el art. 133 de la CCABA y el 121 de la Ley N° 70 a la SIGEBA, y el art. 104, inc. a de la Ley N° 24156 a la SIGEN, respectivamente.

2.1. El primer elemento del Sistema de Control Interno es el *ambiente de control*. Es la base de todos los demás. Fundamentalmente, consiste en la obligación de determinar el objetivo que se persigue en forma definida, esencialmente a través de los programas presupuestarios (nivel estratégico). No es la misión o función de un ministerio que es lo permanente que hace a su existencia, como satisfacer las necesidades de salud, sino por ejemplo la eliminación o disminución de una enfermedad determinada a través de un programa de vacunación. Es también establecer la estructura organizacional para llevar a cabo ese objetivo, lograr la idoneidad del personal, la asignación de sus obligaciones en forma precisa, diseñar políticas y prácticas al respecto (selección, capacitación, motivación, evaluación de desempeño, carrera, disciplina), fomentar la integridad y valores éticos, compromiso de liderazgo respecto del control interno, atmósfera de confianza mutua y formular manuales de procedimientos. Ese liderazgo consiste en hacer saber a cada nivel de la organización que, en lo que hace a su competencia, también está obligado a establecer y mantener el Sistema de Control Interno.

2.2. El segundo elemento es el de *identificación y apreciación de riesgos*. El riesgo es aquello que impide o disminuye la posibilidad de que se cumpla el objetivo fijado. Se debe hacer un mapeo de los riesgos, internos y externos, determinando una pirámide en base a su frecuencia y su importancia cualitativa y cuantitativa, y establecer las medidas de control (tercer elemento) para disminuirlos razonablemente. Nunca se los puede erradicar. Por ejemplo, en un procedimiento de tesorería, disponer de tres firmas en lugar de una para la emisión de un cheque. El establecimiento de cuáles van a ser los objetivos de la Administración es anterior a la evaluación de los riesgos. La especificación de esos objetivos (nivel estratégico) no constituye una parte del proceso de Control Interno. Lo que el Control Interno dispone es que se deben establecer los objetivos y en forma definida.

El cambio y el fraude son dos riesgos más, pero por su importancia se los distingue a fin de enfatizarlos. El mapeo de riesgos debería ser realizado con un procedimiento estandarizado y formalizado en documentos.

2.3. Dentro del tercer elemento, las *medidas de control*, que deben estar integradas en los planes de organización y el procedimiento (co-

lumna vertebral de la gestión), se pueden señalar a título enunciativo: la auditoría, el control por oposición de intereses, la rotación de tareas, supervisiones, autorizaciones y aprobaciones, el registro oportuno de transacciones y hechos, documentación clasificada, protección de activos, indicadores de desempeño.

2.4. El cuarto elemento es la *información*. La TGS alienta la información en todos los sentidos. Los subsistemas se interrelacionan como elementos del Sistema de Administración. Existe una retroalimentación permanente, todos se van adaptando para el logro de sus objetivos parciales, que sirven al de la organización a la que pertenecen. La información debe ser confiable, oportuna y adecuada.

2.5. El quinto y último es la *supervisión o monitoreo*. Se debe evaluar constantemente el funcionamiento del Sistema de Control Interno. Esto se realiza, por ejemplo, a través de la auditoría. La auditoría es una de las medidas de control más importantes del Sistema de Control Interno, forma parte del tercer elemento pero por su importancia es a su vez lo esencial del quinto elemento. Consiste en una evaluación independiente, hecha por profesionales idóneos en el tema a través de una actividad programada, de lo significativo de la regularidad contable, de la legalidad y de la gestión o el resultado. El conjunto de estas auditorías da lugar a la llamada auditoría integral.

La auditoría constituye un mecanismo de seguridad con el que cuenta la autoridad superior para estar informada, con razonable certeza, sobre la confiabilidad del diseño y funcionamiento del Sistema de Control Interno.¹² Además es un servicio para toda la organización (artículo 122, inciso 2 de la Ley N° 70 y 102 de la LAF).

La auditoría produce recomendaciones, no es coactiva, indica las medidas correctivas que deben tomarse. Puede ser interna o externa. La interna pertenece al CI. Sus funciones deben mantenerse desligadas de las operaciones sujetas a su examen. No hay cogestión. En cuanto al análisis posterior al que hace referencia la ley, no debe entenderse como una limitación cuando los procesos son secuenciales y divisibles en etapas ya que el examen podría ser inmediatamente pos-

12. Bielsa, Rafael, "El Sistema de Control Interno en tiempos de crisis", *Rap*, Buenos Aires, año XXIV, N° 278, p. 20.

terior a cada uno de ellos (artículo 127, inciso 2 de la Ley N° 70 y 102 de la LAF).¹³ La externa forma parte del Sistema de Control Externo.

La auditoría interna es realizada por el que conduce cada jurisdicción, por ejemplo un ministerio, o en una entidad descentralizada, a través de órganos denominados Unidades de Auditoría Interna (UAI), que se encuentran en una relación funcional o técnica con la SIGEBA o la SIGEN y en relación jerárquica con la conducción superior del organismo al cual pertenecen (artículo 121 Ley N° 70 y 100 de la LAF). También es realizada directamente por la SIGEBA y la SIGEN. Las normas de auditoría interna que regulan las que se realizan en la Ciudad de Buenos Aires han sido aprobadas por las Resoluciones N° 160/06 y 25/07 SIGEBA.

Otro medio de supervisión o monitoreo es la autoevaluación, realizada por los mismos agentes que llevan a cabo el proceso evaluado.¹⁴ En el establecimiento del sistema de control interno se debe tener siempre presente la relación costo-beneficio. En otras palabras, su establecimiento debe garantizar una razonable disminución del riesgo, pero no entorpecer o demorar la gestión en forma inconveniente o ser muy gravoso en términos financieros.

3. Lo heterogéneo de los elementos que componen un sistema se observa en el artículo 2 de la Ley N° 70, que dispone que los sistemas de gestión y administración financiera comprenden el conjunto de organismos (acá se deben incluir todos los del sector público de la Ciudad, incluso los comprendidos en el Título Séptimo “Órganos de Control” de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, artículos 132 a 138), dentro del cual se encuentra la SIGEBA (artículo 133) y la Auditoría General (artículo 138), y las normas y procedimientos que hacen a la obtención de los recursos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los objetivos del Estado. Es decir que la SIGEBA (lo orgánico), es un elemento más junto con normas y procedimientos del Sistema de Control Interno, que a su vez es un elemento más o subsistema del Sistema de Administración. En el ámbito nacional, la SIGEN no tiene nivel constitucional, sólo la Auditoría General de la Nación. Esto demuestra la importancia que el constituyente local le ha querido dar al Control Interno.

13. Bielsa, Rafael, *op. cit.*, p. 20.

14. Milessi, Juan José y Moreno, Carlos Erasmo, *El Control Interno, autoevaluación de riesgos y controles*, Buenos Aires, Ed. Aplicación Tributaria, 2001.

La SIGEBA (artículos 121 y 123, incisos 1 y 2 de la Ley N° 70 y artículo 133, 3^{er} párrafo de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires) y la SIGEN (artículo 104, incisos a y b de la LAF) son denominados “Órganos Rectores” por ser los que norman en materia de CI y, dentro de él, como una medida más de control, norman sobre auditoría y a la vez supervisan y coordinan a las UAI (el otro componente orgánico del CI), participando en la planificación de sus tareas. Aquí se da la centralización normativa y descentralización operativa que mencionáramos en párrafos precedentes como propias de la TGS. Se especifica que la SIGEBA debe dictar las normas de CI en el inciso a del artículo 123 de la Ley N° 70 y luego en el inciso b alude a las de auditoría, no porque estas se encuentren fuera del CI, sino para enfatizar su importancia dentro del CI y en especial dentro de los componentes de las Medidas de Control y de Supervisión o Monitoreo.

A su vez, la SIGEBA (artículos 121, 123, inciso 3 y 127 de la Ley N° 70) y la SIGEN (artículo 96 de la LAF) son los auditores internos del Jefe de Gobierno y del Presidente de la Nación, respectivamente. Los organismos rectores del control externo son la Auditoría General de la Ciudad y de la Nación.

La SIGEBA depende del Poder Ejecutivo (artículo 133, inciso c de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y 123 de la Ley N° 70). Todo organismo de auditoría, por principios de organización derivados de las Ciencias de la Administración que estudian el fenómeno del administrar desde el punto de vista no jurídico y luego establecen las normas técnicas que llevan a la práctica esos conocimientos, en general depende directamente de la máxima conducción, pues como se ha dicho, esta es la obligada a establecer el Sistema de Control Interno en el procedimiento en el que se desarrolla la gestión. Por el mismo motivo las UAI dependen de la máxima autoridad del organismo al cual pertenecen.

Igual que la SIGEN a nivel nacional, la SIGEBA es un ente descentralizado autárquico, es decir que cumple un objetivo administrativo. Su autoridad superior es el Síndico o Síndica general, que son designados y removidos por el Poder Ejecutivo, poseen una jerarquía equivalente a la de un ministro (artículo 133, Constitución de la Ciudad de Buenos Aires), deben poseer título universitario en Ciencias Económicas o Derecho y contar con calificada experiencia en temas jurídicos,

económicos, contables, financieros y de gestión vinculados al sector público no inferior a cinco años (artículo 129, Ley N° 70).

4. La SIGEBA debe dictaminar sobre los estados contables y financieros de la Administración Pública en todas las jurisdicciones que componen la Administración central y descentralizada, y dictaminar sobre la cuenta de inversión (artículo 133, 3^{er} párrafo de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y artículo 123, inciso 5 de la Ley N° 70). Esta competencia, en cambio, no está asignada expresamente a la SIGEN.

El Poder Ejecutivo envía a la Legislatura la cuenta de inversión del ejercicio vencido antes del cuarto mes de sesiones ordinarias, previo dictamen de la SIGEBA (artículo 105, inciso 10 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires). Debe ser preparada anualmente por la Contaduría General (artículo 115, inciso h de la Ley N° 70).

La cuenta de inversión es la rendición de cuentas del Poder Ejecutivo al Poder Legislativo. Existen y existieron en el ordenamiento jurídico diversas maneras de rendir cuentas: lo reglado en el contrato de mandato en la figura del gestor de negocios, en lo referido al balance en materia comercial, en el juicio de residencia de la legislación de la época colonial y en la ex Ley de Contabilidad Pública vigente antes de la LAF, en la cual se establecía el juicio de cuentas.¹⁵

Deriva de los principios del Estado de Derecho de soberanía del pueblo y representación (primer artículo de la Constitución Nacional y de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires). El que gobierna es un servidor público, a diferencia de lo establecido en el antiguo régimen o Estado de policía, cuyo exponente máximo fue la monarquía absoluta. El servidor público debe rendir cuentas de su gestión. La LAF habla en materia de control, de la rendición de cuentas de la gestión (artículo 3). La Ley N° 70 del control de la rendición de cuentas (artículo 3). Está implícita la rendición de cuentas de la gestión.¹⁶

15. Es un balance general del Estado por lo que recopila, valúa, procesa y expone el conjunto de transacciones, con incidencia económica y financiera ocurridas en un ejercicio al mostrar globalmente la situación patrimonial y de resultado de la *performance* del sector público, lo cual permite el cumplimiento de lo que doctrinariamente se denomina etapa crítica del control. Las Heras, José María, *Estado Eficiente*, Buenos Aires, Ed. Osmar D. Buyatti, 2004, pp. 423-424.

16. El art. 3 de la LAF dice: "Los sistemas de control comprenden las estructuras de control interno y externo del Sector Público Nacional y el régimen de responsabilidad

El hecho de que se exprese que se debe rendir cuentas de la gestión confirma que se trata de una administración por objetivos. Se debe rendir cuentas del resultado de la gestión, no sólo del dinero gastado. Allí se ve claramente la base conceptual de la TGS: la diferencia de administrar por objetivos en lugar de hacerlo por funciones. Acorde con ello, lo referido al control, que es una parte del administrar, abarca el cumplimiento del objetivo o control de gestión, no sólo lo gastado.

En el artículo 45 la LAF dispone que la Oficina Nacional de Presupuesto realizará un análisis crítico de los resultados físicos y financieros obtenidos y de los efectos producidos por ellos, interpretará las variaciones con respecto a lo programado, procurará determinar sus causas y preparará informes con recomendaciones para las autoridades superiores. Y en el artículo 95, que la cuenta de inversión, además de lo referido a lo financiero, contendrá también comentarios sobre el grado de cumplimiento de los objetivos y metas previstos en el presupuesto, el comportamiento de los costos y de los indicadores de eficiencia de la producción pública. Claramente se refiere a la gestión y no sólo a lo financiero.

En cuanto al control, en armonía con todo ello, el artículo 103 dispone que el modelo de control deberá ser integral e integrado, abarcar los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, la evaluación de programas, proyectos y operaciones y estar fundado en criterios de economía, eficiencia y eficacia. Esto concuerda también con el artículo 75, inciso 8 de la Constitución Nacional reformada en 1994, que dispone que se presentará el presupuesto de gastos conjuntamente con el programa general de la acción de gobierno y de inversiones públicas, y con el artículo 85 que, al reglar sobre la AGN, dispone que tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la Administración Pública. Si bien en la LAF tiene preponderancia lo referido a lo financiero, conforme con la nueva base conceptual de administrar, comprende la gestión en su totalidad.¹⁷

que estipula y está asentado en la obligación de los funcionarios de rendir cuentas de su gestión". El legislador, al expresar "rendición de cuentas de su gestión", abarca: el dinero, la regularidad contable, la legalidad y el cumplimiento del objetivo.

17. Por tal motivo podría denominarse simplemente Ley de Administración sin el agregado de Financiera. La ley similar de la República de Bolivia N° 1178 se denomina Ley de Administración y Control Gubernamentales.

La Ley N° 70, aún en mayor consonancia con la base conceptual mencionada de administración por objetivos y su respectivo control, se denomina de Sistemas de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público de la Ciudad. En su artículo 118 establece que la cuenta de inversión contiene como mínimo: los estados de ejecución del presupuesto al cierre del ejercicio de la Administración central y entidades, en particular aquellos que muestren los movimientos y la situación del Tesoro de la Administración central, los estados contable-financieros de la Administración central, el estado de la deuda pública, un informe que presente la gestión financiera consolidada del sector público y muestre los respectivos resultados operativos, económicos y financieros, el grado de cumplimiento de los objetivos y metas previstos en el presupuesto, el comportamiento de los costos y los indicadores de eficiencia de la producción pública sobre la gestión financiera del sector público.

Como se observa, además de lo referido a lo financiero, el informe sobre el grado de cumplimiento de los objetivos y metas previstos en el presupuesto (inciso e) y sobre el comportamiento de los costos y de los indicadores de eficiencia de la producción pública (inciso g), claramente indican que se trata de una rendición de cuentas no sólo del dinero, sino de toda la gestión. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en su artículo 135, al referirse a la Auditoría General, dispone que ejerce el control externo del sector público en sus aspectos económicos, financieros, patrimoniales, de gestión y de legalidad. Nuevamente se especifica que el control será también de la gestión, es decir de una administración por objetivos, no sólo de lo financiero. La gestión comprende todo ya que no podrá existir una buena gestión si no se cumple con la legalidad en el Estado de Derecho y con la regularidad contable.

CONCLUSIÓN

El propósito esencial de este comentario del artículo 133 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires fue esclarecer el significado del término “control”, específicamente del “control interno”, que se desprende de dicho artículo, de otros comúnmente utilizados en el Derecho Público argentino: es el de *dominio o mando del que conduce*.

Para eso hemos realizado una breve descripción de la TGS, ya que consideramos la Administración como un sistema y al Control Interno como un Subsistema del Sistema de Administración, motivo por el cual es integral e integrado, conforme a los principios de economía, eficiencia y eficacia, tal como se expresa en el artículo 132. Por lo tanto, el control es una parte del administrar y es una obligación legal del que conduce establecerlo en los planes de organización y procedimientos en los cuales se desarrolla la gestión.

Se pasa así de una administración por funciones a una administración por objetivos, por consiguiente el control abarcará la gestión, que comprende la regularidad contable y legalidad. Asimismo, se tiende a una centralización normativa y a una descentralización operativa a través del Órgano Rector SIGEBA, del cual dependen técnicamente las UAI, que a su vez dependen jerárquicamente de las jurisdicciones y entidades a las cuales pertenecen.

Lo normado es similar a lo establecido por primera vez en la Argentina por la Ley N° 24156 (LAF), a lo establecido luego en la Constitución Nacional (artículo 75, inciso 8), en el resto de las provincias argentinas con variantes y en los países de América, también con variantes, como la normativa referida al tema de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y la de la República del Paraguay que al principio de este comentario hemos citado.

Capítulo Tercero

Procuración General

Artículo 134

La Procuración General de la Ciudad dictamina sobre la legalidad de los actos administrativos, ejerce la defensa de su patrimonio y su patrocinio letrado. Representa a la Ciudad en todo proceso en que se controviertan sus derechos o intereses.

Se integra con el Procurador o Procuradora General y los demás funcionarios que la ley determine. El Procurador General es designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura y removido por el Poder Ejecutivo.

El plantel de abogados de la Ciudad se selecciona por riguroso concurso público de oposición y antecedentes. La ley determina su organización y funcionamiento.

EL CONTROL A TRAVÉS DE LA GESTIÓN EFICAZ Y EL ASESORAMIENTO OPORTUNO

Por **Gabriel María Astarloa**

UNA FUNCIÓN CON IMPRONTA PROPIA: LA PROCURACIÓN GENERAL COMO ABOGADO Y ASESOR JURÍDICO DEL GOBIERNO Y COMO ÓRGANO DE CONTROL

Funciones de la Procuración General

De la lectura del referido texto constitucional surgen de modo claro las misiones de este órgano de la Constitución. Sin embargo, un completo análisis de sus funciones no puede ser realizado sin tomar en cuenta también lo dispuesto por la Ley N° 1218 (texto consolidado por Ley N° 5454), que determina la organización y el funcionamiento de la Procuración General. A continuación, transcribimos el artículo 1 de la citada ley:

La Procuración General ejerce la representación y patrocinio de la Ciudad en todo proceso en que se controviertan sus derechos e intereses, defiende su patrimonio, dictamina sobre la legalidad de los actos administrativos e instruye sumarios.

Su competencia abarca la administración pública centralizada, des-concentrada y descentralizada dentro de la órbita del Poder Ejecutivo, las sociedades del Estado, y las sociedades en las que la Ciudad tiene participación mayoritaria.

Representa en juicio sólo a requerimiento de estos al Poder Legislativo, al Poder Judicial y a otros órganos de gobierno de la Ciudad.

El Poder Legislativo y el Poder Judicial de la Ciudad pueden solicitar a la Procuración General, la producción de otras actividades del ámbito de su competencia.

De la conjunción de la Constitución de la Ciudad y la Ley N° 1218 (texto consolidado por Ley N° 5454), podemos entonces reseñar las misiones y funciones de la Procuración General en las siguientes:

Función de defensa judicial

“Ejerce la defensa de su patrimonio y su patrocinio letrado. Representa a la Ciudad en todo proceso en que se controviertan sus derechos o intereses”.

El Procurador General se constituye como el jefe del cuerpo de abogados de la Ciudad, y como tal, asume la responsabilidad por la defensa en juicio de sus intereses.

Cuando la norma expresa que la Procuración General representa a la Ciudad en todo proceso en que se controviertan sus derechos o intereses, no está mentando a la sociedad, *abstractum* de la organización jurídica, sino al Estado como aparato jurídicamente organizado.¹

Respecto del patrocinio letrado, la imposición de la firma de un letrado tiende a asegurar el buen orden de la sustanciación de los procesos mediante la intervención del profesional técnico, quien con su tarea trasciende el solo interés de la parte para relacionarse con el bien común, por estar en juego los intereses de la Ciudad.

En consideración a lo expuesto, los abogados que representan al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires deben adecuarse a lo prescripto por el Código de Procedimiento respecto de su conducta procesal y a la Ley N° 23187, que regula la profesión de los abogados de la Capital Federal. Asimismo, deben cumplir con lo prescripto por la Ley N° 4895 (texto consolidado por Ley N° 5454) de Ética Pública, de la cual puede mencionarse de modo especial su artículo 4, inciso c, que dispone que es obligación de quienes ejercen la función pública velar en todos sus actos por los intereses del Estado, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular.

Como bien se ha dicho, el patrocinio letrado surge como una necesidad para la promoción y sustanciación de los procesos y consiste en un asesoramiento dotado de moralidad, cultura y equilibrio que confluyen en el provechoso desenvolvimiento de la pretensión.² A su vez,

1. Cfr. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires Comentada*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 373. En la misma línea, Ministerio Público Fiscal, Fiscalía General, Resolución FG N° 321/08.

2. Cfr. Fassi, Santiago y Yáñez, César, *Código Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 3° Edición, 1988, T. I, p. 377.

implica contraer una obligación de medios, de prudencia y diligencia respecto del mandante.³

Respecto a la defensa del patrimonio de la Ciudad, cuya composición surge del artículo 9 de su Constitución, la Procuración General interviene como órgano asesor y presta el debido patrocinio letrado en todos los procesos, fueros e instancias que corresponda.

La Ciudad Autónoma, como persona jurídica, necesariamente posee su patrimonio como uno de los presupuestos de su personalidad que incluye los bienes de dominio público, destinados a la utilidad o interés común, y los bienes de dominio privado.

Función de contralor

“Dictamina sobre la legalidad de los Actos Administrativos”.

A través de la facultad de emitir dictámenes, establece el criterio de interpretación jurídica del gobierno y controla la legalidad de los actos administrativos.⁴ Asimismo, ejerce la dirección técnica respecto de los servicios jurídicos existentes en la Administración Pública centralizada, desconcentrada y descentralizada (artículo 14 de la Ley N° 1218, texto consolidado por Ley N° 5454).

El principio de que la conducta de la Administración debe sujetarse a la ley constituye uno de los pilares del Estado de Derecho. Toda actuación de la Administración debe encontrarse dentro del bloque de legalidad vigente, y de allí que la actividad administrativa goce de la presunción de legitimidad.⁵ El principio de legalidad nace como una exigencia de la conducta de la Administración de conformidad con el ordenamiento positivo.

En el marco de la Constitución Nacional, el principio de legalidad importa el establecimiento de las siguientes reglas:

1. toda afectación o limitación sustancial a los derechos de propiedad y de libertad de los administrados ha de ser impuesta por ley formal;

3. Cfr. *Conclusión Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil*, Comisión número 5, véase al respecto Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto, LL, 1989-E, p. 853.

4. Sabsay, Daniel y Onaindia, José, *La Constitución de los Porteños. Análisis y Comentario*, Buenos Aires, Errepar, 1997, p. 266.

5. Carranza Torres, Luis, *El Procedimiento Administrativo en la Ciudad de Buenos Aires*, Córdoba, Alveroni, 2002, p. 64.

2. los reglamentos y actos administrativos que afecten o limiten tales derechos individuales deben fundarse en preceptos legales o constitucionales.⁶

Asimismo, el principio de legalidad administrativa es una fuente del Derecho porque es el título para reconstruir por vía interpretativa una disciplina jurídica de la actividad administrativa.⁷

La observancia de este principio no sólo funciona como un medio para excluir la indebida interferencia estatal en el ejercicio de los derechos individuales sino que, además, se traduce en el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquellos no se torne ilusorio.⁸

En el caso, la sujeción de la Administración a dicho principio se asegura mediante la emisión del dictamen jurídico, que constituye una “opinión fundada en ciencia o arte emitida por un especialista; si versa sobre cuestión jurídica debe apoyarse en derecho [...] es un consejo que da sobre una cuestión o asunto”.⁹

En tal entendimiento, los dictámenes, a diferencia de los actos jurídicos, no tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos;¹⁰ por el contrario, importa una actividad preparatoria interna de la Administración, en cuya labor no entra en relación con terceros.¹¹

Con relación al contenido de los dictámenes jurídicos, la Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado que estos deben individualizar la cuestión traída a consulta desarrollándola desde el punto de vista fáctico y jurídico. Ello es así por cuanto el dictamen jurídico supone el análisis específico, exhaustivo y profundo de una situación

6. Cfr. Linares, Juan Francisco, *Poder Discrecional Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958, p. 55.

7. Cfr. Marzuoli, C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milán, Giuffrè, 1982, p. 11.

8. Cfr. Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge y Comadira, Julio Pablo, *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, T. I, p. 21.

9. Luqui, J. C., *El dictamen jurídico*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, 1954, T. IV, p. 44, citado en Cassagne, Ezequiel, “El dictamen de los servicios jurídicos de la Administración”, LL, 2012 D, p. 1340.

10. Cfr. Cassagne, Ezequiel, *op. cit.*, p. 1340.

11. Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, T. I, p. 103, citado en Cassagne, Ezequiel, *op. cit.*, p. 1340.

concreta y jurídicamente determinada, efectuada a la luz de las normas vigentes y de los principios generales que la informan, a efectos de recomendar conductas acordes con la Justicia.¹²

En el ejercicio de esta tarea, el dictamen se ciñe al control de legalidad de los actos administrativos y a las cuestiones jurídicas controvertidas sobre casos particulares y concretos.

De la Ley N° 1218 (texto consolidado por Ley N° 5454) surge que el dictamen de la Procuración General resulta obligatorio aunque no es vinculante. Cuando un acto administrativo se aparte de aquel al ser dictado, deberá expresar en sus considerandos las razones de hecho y de derecho para dicho apartamiento. Asimismo, se establece que en tal caso deberá informarse a la Procuración General dentro de los cinco días de emitido el acto.

En línea con lo dispuesto previamente, la sujeción de los actos de la Administración a la ley implica una garantía tanto para el gobernante como para el ciudadano.¹³

Como lo adelantamos, el control de legalidad se ejerce de manera obligatoria y previa por el Órgano de Control, puntualmente en los casos del artículo 11 de la Ley N° 1218 (texto consolidado por Ley N° 5454) al establecer que

... el dictamen de la Procuración General es obligatorio, previo e indelegable en los siguientes casos: a) Toda licitación, contratación directa o concesión, cuando su monto supere un millón quinientos mil (1.500.000) unidades de compra, incluyendo su opinión sobre pliegos y sobre la adjudicación que se propicie. b) Reclamaciones por reconocimiento de derechos, proyectos de contrato, resoluciones o cualquier asunto que por la magnitud de los intereses en juego o por la posible fijación de un precedente de interés para la administración, pudiere afectar bienes de la Ciudad, derechos subjetivos o intereses legítimos de terceros o de agentes de la Ciudad.

12. Cfr. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación: 223:200; 235:308; 254:389; 233:92; 236:91; 240:343; 241:184; 254:554; 266:84, en Cassagne, Ezequiel, *op. cit.*, p. 1340.

13. Cfr. Rodríguez, María José, “La capacitación del Cuerpo de Abogados del Estado: aspectos que definen su particular impronta...”, en *Procuración General de la Ciudad. Memoria de Gestión. Julio Conte-Grand 2012-2015*, Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015. Disponible en: https://sites.google.com/site/cn2015diembre/libro_pg

El control es ejercido en forma plena. Así lo expresó la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes: 236:91, al señalar con referencia al régimen nacional –que en la especie resulta idéntico al ordenamiento jurídico local– que el artículo 7, inciso d de la Ley N° 19549 impone, previo al dictado de los actos administrativos, el cumplimiento de todos los procedimientos esenciales y sustanciales que resulten implícitos del ordenamiento jurídico.

Es más, a nuestro modo de ver, la distinción entre actos administrativos que afecten los derechos subjetivos o intereses legítimos de los particulares y los que no los afecten, como limitante de la exigencia del recaudo del dictamen previo, debe caer ante la vigencia del Estado de Derecho. Ello, toda vez que, por definición, todo acto administrativo produce efectos jurídicos respecto de los particulares administrados y porque el requisito de legalidad de todos los actos administrativos así lo exige.

Finalmente, la Procuración General tiene el deber de expedirse, y ello debe ocurrir de modo indelegable ante todo requerimiento de dictamen formulado por cualquier funcionario con jerarquía equivalente o superior a la de Director General, quien al recabar la intervención debe agregar los antecedentes e informes y dejar asentada la opinión del área respectiva acerca de la cuestión sometida a dictamen.

Función sumarial

“Instruye sumarios”.

Investiga y dictamina con relación a la aplicación de sanciones administrativas a los agentes y funcionarios del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de la sustanciación de sumarios administrativos cuando lo dispone la normativa vigente.

La función sumarial se halla ubicada dentro del régimen disciplinario y tiene como objeto sancionar aquellas conductas del agente público que lesionan el buen funcionamiento de la Administración Pública y que se originan en la inobservancia de los deberes inherentes a la calidad de agente público.¹⁴ A partir de lo expuesto, la función sumarial encuentra sus orígenes en la falta de servicio de un agente que transgrede las reglas propias de la función pública.

14. Cfr. Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, T. III-B, n° 1021, p. 369.

En consecuencia, el objeto de sumario consiste en esclarecer irregularidades con una finalidad orientada a cubrir una necesidad práctica como es la de dilucidar supuestos ilícitos disciplinarios.¹⁵

En el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el procedimiento de los Sumarios Administrativos se halla regulado por el Decreto N° 3360/MCBA/68 (BM 13296). La instrucción de estos procedimientos es una responsabilidad de la Procuración General, por intermedio de la Dirección General de Sumarios.

Con relación a la imposición final de sanciones, será impuesta por la autoridad jerárquica competente para dictar el correspondiente acto administrativo del área u organismo donde el agente desarrolle sus funciones.

Entendemos que dada la antigüedad de la normativa vigente en la materia, resulta necesario propiciar su actualización, en concordancia con la actividad propia de la Dirección y los principios que emanan del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1510/GCBA/97 (texto consolidado por Ley N° 5454).

Otras funciones

En adición a estas tres funciones referidas precedentemente, la Procuración General lleva adelante dos significativas misiones asignadas por la Ley N° 1218 (texto consolidado por Ley N° 5454): las referidas al servicio jurídico gratuito y la supervisión en caso de delegación. A continuación realizamos una breve reseña de ambas:

a. Asegurar la prestación de servicios jurídicos gratuitos (Primera Disposición Transitoria, Ley N° 1218, texto consolidado por Ley N° 5454).

Tal como surge de la disposición transitoria, hasta tanto no exista una ley que regule la prestación de servicios jurídicos gratuitos, la Procuración General asegura la continuidad del asesoramiento en cumplimiento con lo dispuesto por la norma citada. Esta obligación encuentra sustento asimismo en lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna, en relación a los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 2.3 del Pacto Internacional de De-

15. Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes: 159:563 y 579; 178:157.

rechos Civiles y Políticos y el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Para ello, dentro de la órbita de este órgano funciona el Servicio Jurídico a la Comunidad, que tiene como función asesorar y patrocinar gratuitamente a personas de bajos recursos sobre cuestiones relativas al Derecho Civil y, especialmente, al Derecho de familia.

La creciente demanda por este tipo de servicios puede reflejarse en el volumen de sus tareas, que a la fecha patrocina alrededor de 900 causas judiciales y atiende aproximadamente 7000 consultas por año.

En nuestro entendimiento, el cabal cumplimiento de esta obligación no se reduce a la prestación de los servicios en cabeza propia, lo cual como dijimos se realiza por parte de la Dirección de Servicios Jurídicos Gratuitos dependiente de esta Procuración General, sino que es preciso que desde el Gobierno se aliente y fortalezca la prestación de este tipo de servicios por parte de instituciones y organizaciones de la sociedad civil.

En este último sentido, uno de los objetivos de gestión que estamos impulsando, dada la desinformación que muchas veces tienen las personas que requieren de este tipo de servicio, es la edición de una guía que contenga de modo completo la información sobre la totalidad de los servicios jurídicos gratuitos que se ofrecen en la Ciudad de Buenos Aires clasificados por especialidad y por zona geográfica. Asimismo, una vez realizado esto, sería de gran utilidad impulsar la constitución de una red entre dichos prestadores para estrechar vínculos y potenciar su actividad.

b. Ejerce la supervisión técnica en los casos que existe delegación y de los mandatarios judiciales (artículos 10 y 15 de la Ley N° 1218, texto consolidado por Ley N° 5454).

En concordancia con lo dispuesto en el artículo 10 de la citada normativa, en materias en que exista doctrina administrativa uniforme y reiterada o por razones de celeridad y eficiencia, puede delegarse en los servicios jurídicos existentes de la Administración Pública centralizada o descentralizada la emisión de los dictámenes.

Asimismo, queda incluida en la supervisión técnica de la Procuración General la labor desarrollada por los mandatarios de las diversas

entidades de la Ciudad Autónoma (artículo 15 de la Ley N° 1218, texto consolidado por Ley N° 5454).

A modo de ejemplo, en el caso de los mandatarios fiscales puede advertirse la función de supervisión técnica de la Procuración General, ya que este organismo tiene a su cargo la superintendencia procesal, la auditoría jurídica contable y la emisión de directivas jurídicas que estime pertinentes, siendo obligatorio el patrocinio letrado de los profesionales de la Procuración General en los escritos de contestación de excepciones, memoriales y sus contestaciones, recursos extraordinarios y sus contestaciones y quejas. Por su parte, los mandatarios no podrán efectuar transacción alguna sobre la deuda ni allanarse ni desistir de los juicios iniciados, a cuyo fin deberán gestionar la pertinente autorización del Procurador General o de la autoridad competente, en los términos de la normativa aplicable a la Procuración General (cfr. artículos 9 y 10 del Decreto 42/GCBA/02, BOCBA 1364).

La Procuración General: control y gestión

Desde su conceptualización constitucional, la Procuración General es un órgano de control, lo cual se evidencia de modo especial a través de su tarea de emisión de dictámenes para asegurar la vigencia del principio de legalidad. Ahora bien, dicha tarea bien puede y debe ser entendida como un asesoramiento oportuno que en los hechos se brinda muchas veces antes de la solicitud formal del dictamen, para que los proyectos de gestión de la Administración activa que resulten apropiados y conducentes al bien común puedan ser llevados a cabo del modo que mejor asegure la efectiva vigencia de la legalidad.

En el ejercicio del patrocinio letrado en la función de defensa judicial, la tarea de la Procuración General es la típica de gestión judicial, con las obligaciones propias que dicha actividad tiene, con el aditamento y particularidades de que se trata del ejercicio de dicha función en el ámbito de la abogacía pública. Bien se ha recordado al respecto que los compromisos del abogado estatal son más severos y sensibles que los de sus colegas que se desempeñan en el ámbito privado.¹⁶

16. Conte-Grand, Julio, "La Abogacía Estatal. Entre la Política y el Derecho", *Procuración General de la Ciudad. Memoria de Gestión. Julio Conte-Grand 2012-2015, op. cit.*, p. 28.

Con estas consideraciones, puede decirse que la Procuración General cumple un rol bifronte: es un órgano de control y también un órgano de gestión. No en vano, tal vez por ello, los constituyentes dispusieron que su designación es efectuada por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura, en tanto que su remoción es atribución del Poder Ejecutivo. Y como la ley lo consagra claramente, tiene dependencia funcional y jerárquica del Jefe de Gobierno, pero ejerce sus funciones con independencia técnica.

FUNCIONARIOS DE LA PROCURACIÓN GENERAL: EL PROCURADOR GENERAL

Un repaso histórico sobre el título y la función

Desde el sentido etimológico la expresión “procurador” viene del latín *procurator*, y alude a la representación y defensa de intereses ajenos. En la Antigua Roma los procuradores eran quienes representaban los intereses del emperador en territorios anexados. El término fue también conocido en el derecho hispánico para quienes concurrían a las Cortes desde el Medioevo representando a las ciudades y luego al rey. La denominación se trasladó al nuevo continente americano (el famoso Fray Bartolomé de las Casas fue como “procurador” el defensor de los derechos de los naturales de América), donde representaba jurídicamente a la ciudad y los intereses vecinales ante el Cabildo. La denominación hoy similar de Fiscal de Estado reconoce asimismo antecedentes en la Corona española, donde los fiscales representaban los intereses generales de la sociedad. En el Derecho indiano también cumplieron diversos roles dentro del ámbito de la abogacía pública. La figura aparece, de igual forma, en varias cartas y reglamentos provinciales luego de la emancipación.

Luego de la sanción de la Constitución en 1853/60, nuestro país adopta un sistema dual, donde un funcionario con el título de “Procurador General” encabeza el Ministerio Público, custodiando la legalidad ante los Tribunales y ejerciendo la vindicta pública y otro con el título de Procurador del Tesoro (Procurador General, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires) es quien asesora jurídicamente al Poder Ejecutivo y representa al Estado en juicio.

Los antecedentes en la Ciudad de Buenos Aires¹⁷

El 18 de diciembre de 1857 el Dr. Manuel Bonifacio Gallardo asumió como primer Asesor Legal de la Municipalidad de Buenos Aires. Lo sucedieron en el cargo de los Dres. Ceferino Araujo, Ángel Casares, Martín Bustos y José María Moreno.

Al tiempo de la federalización del municipio de la Ciudad de Buenos Aires, al ser declarada Capital de la República por Ley N° 1029, se encontraba el Dr. Luis Beláustegui presidiendo la Asesoría Legal.

Aquella Asesoría Legal mantuvo a lo largo del tiempo las básicas e ineludibles funciones de ejercer la defensa de los intereses municipales, interpretar u opinar en derecho en cuanto fuere menester y perseguir el cobro judicial de las deudas fiscales, con dos secciones definidas: una de ellas Judicial y otra Administrativa, ambas bajo la dirección única del asesor, responsable técnico de la repartición.

La última etapa organizativa bajo la denominación de Asesoría Legal emana de las disposiciones del decreto del 16 de mayo de 1935, que culmina bajo la conducción del Dr. Pedro Aberastury, que se desempeñó como Asesor Legal desde 1939 hasta 1944.

Cabe destacar que todas las normas que fueron moldeando la estructura y las funciones del organismo asesor local eran dictadas por las autoridades nacionales, en su rol de autoridades locales.

Por decreto del 22 de diciembre de 1944, ya con el rango de Dirección General de Asuntos Legales, se aprueba su Reglamento General, que determina y organiza las tareas de la Secretaría General, la Oficina de Información Jurídica, la Sección de Asesoramiento Administrativo, las Secciones Judiciales en lo Ordinario y Federal, Justicia de Paz, Procuración y Control Contable.

Sucesivas normas a través del tiempo hacen variar su estructura, dividen las misiones en virtud de la complejidad y especificidad de las causas y se jerarquizan las funciones.

En 1975, la entonces Dirección General de Asuntos Jurídicos se encontraba integrada por un Director General y dos Directores Jurídicos, uno Judicial y otro Administrativo, con una estructura conformada por dos Jefes de Departamento, uno de Dictámenes y otro de Justicia Civil, complementados por cuatro Jefes de División, en este orden: Información Jurídica, Contribuciones, Justicia Especial en lo Civil y

17. Seguimos en este punto la reseña incluida en *ibidem*, pp. 54 y 55.

Comercial e Información Sumaria y un Departamento Administrativo al que finalmente se integra el área de Sumarios.

Por Decreto N° 1743/83 se pasó a denominar “Procuración General” a la entonces Dirección General de Asuntos Jurídicos, con rango equivalente a Subsecretaría, creando departamentos legales en las distintas áreas del Departamento Ejecutivo.

Con el advenimiento de la democracia a fines de 1983, fue designado el primer Procurador de esta nueva etapa institucional, el Dr. Ricardo Busso, quien propició el dictado del Decreto N° 202/84 a partir del cual la estructura del organismo quedó integrada por dos Subsecretarios que asistían al Procurador General, del que dependían ocho direcciones de planta permanente con sus respectivos departamentos, divisiones, secciones y las unidades de apoyo administrativo.

Finalmente, al consagrar el artículo 129 de la Constitución Nacional la autonomía de la Ciudad, se convocó al dictado de su Estatuto Organizativo. Así fue que la nueva Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través del artículo 134, le otorgó rango constitucional a la Procuración General como uno de sus órganos de control contemplados en el Título Séptimo, Capítulo Tercero.

La estructura orgánico-funcional de la Procuración General se rige actualmente por el Decreto N° 804/2009 y sus modificatorios 660/2011, 678/2011, 191/2012, 500/2012 y 347/2016. El Procurador General es asistido por dos Procuradores Generales Adjuntos, los de Asuntos Patrimoniales y Fiscales y de Asuntos Institucionales y Empleo Público. Además, está integrada por diez direcciones generales, a saber: Asuntos Institucionales, Relaciones Contractuales, Empleo Público, Asuntos Tributarios y Fiscales, Asuntos Patrimoniales, Sumarios, Asuntos Comunales, Asuntos Penales, Información Jurídica y Extensión y Técnico Administrativa y Legal. Asimismo existen dos direcciones, una dedicada al control de mandatarios y otra que tiene a su cargo la prestación del servicio jurídico a la comunidad.

El rol del Procurador General

En la descripción de las funciones de la Procuración General que efectuamos en el punto anterior nos referimos a que la misma tiene la característica de ser considerada como un órgano de control y de gestión.

Al discutirse la regulación constitucional del órgano, se sugirió en el seno de la Comisión de Redacción la posibilidad de llamarlo “El abo-

gado de la Ciudad”.¹⁸ Dicha denominación expresa con claridad el sentido y significado de las misiones pues, como ya lo expresamos, si bien existe una relación de dependencia funcional y jerárquica con el Jefe de Gobierno, ejerce sus funciones con independencia técnica.

De acuerdo a lo establecido por la ley, para ser Procurador General se requiere ser argentino o argentina nativo o nativa, naturalizado o naturalizada o por opción, abogado o abogada con ocho años de ejercicio, tener treinta años de edad como mínimo, y reconocida versación jurídica. En casos de ausencia, fuerza mayor o urgencia, el Procurador General es reemplazado en sus funciones por uno de los Procuradores Generales Adjuntos, del modo que establezca la reglamentación.

Asimismo, en línea con lo dispuesto por la Ley N° 1218 (texto consolidado por Ley N° 5454), dentro del ámbito de su competencia, el Procurador General puede sustituir la representación en extraña jurisdicción, para lo cual la ley lo faculta a celebrar convenios con los Fiscales de Estado de las provincias o contratar el servicio de abogados de la matrícula cuando fuere conveniente, y también en otros países cuando la Ciudad sea parte en jurisdicción de un Estado extranjero.

La ley pone en cabeza del Procurador General el dictado de un reglamento interno y demás resoluciones que estime necesarias para el mejor funcionamiento del organismo a su cargo.

La Procuración General está sujeta al control interno de la Unidad de Auditoría Interna, dentro de cuyas funciones se destacan: el examen integral de las actividades que se llevan a cabo en la Procuración General, teniendo en cuenta las normas de control interno que dicte la Sindicatura General de la Ciudad; aportar información calificada al titular de la Procuración General para una mejor toma de decisiones; evaluar el cumplimiento de las políticas, planes y procedimientos determinados por el titular de la Procuración General, entre otros.

Cabe señalar una importante diferencia entre el modo de funcionamiento de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires –órgano concentrado que no posee delegaciones en las jurisdicciones– con el esquema que rige a nivel nacional, en donde existen direcciones

18. Ferreyra, Raúl Gustavo, “Sobre la Constitución Porteña. Estudio de la Ley Fundamental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Infojus*. Ref. DACF140125, del 6 de marzo de 2014, p. 121. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140125-ferreyra-sobre_constitucion_portena.htm (último acceso: 11/08/2016).

generales de Asuntos Jurídicos y los servicios jurídicos permanentes de los ministerios y entidades descentralizadas que actúan como delegaciones del Cuerpo de Abogados del Estado, cuyo director es el Procurador del Tesoro. Los mencionados servicios jurídicos dependen, desde el punto de vista técnico y de la argumentación jurídica, de la Procuración del Tesoro de la Nación, pero jerárquica y funcionalmente, del titular de la jurisdicción o entidad. Las funciones de asesoramiento jurídico y representación en juicio se encuentran en la Ciudad de Buenos Aires íntegramente a cargo de la Procuración General, lo cual asegura mejor la independencia y la unidad de doctrina.¹⁹

El plantel de abogados de la Ciudad: organización y funcionamiento²⁰

La organización, designación y funcionamiento del plantel de abogados de la Procuración General se encuentran regulados por diversas fuentes normativas, entre las cuales se destacan: i) el artículo 43 de la Constitución de la CABA, que establece el régimen de empleo público; ii) el ya mencionado artículo 134 de la Constitución de la CABA; iii) el artículo 2 de la Ley N° 471 de Relaciones Laborales en la Administración Pública de la CABA (texto consolidado por Ley N° 5454), que establece como uno de los principios generales en las relaciones de empleo público el “Ingreso por Concurso Público Abierto”; y iv) la Resolución Conjunta 1960-SHyF/PG-2005 que aprueba el texto ordenado del escalafón del personal de la Procuración General de la CABA, la cual, en el artículo 4 de su Anexo, establece: “El ingreso al presente escalafón se realiza mediante sistemas públicos de selección...”.

Por su parte, el artículo 22 de la Ley N° 1218 (texto consolidado por Ley N° 5454), dispone que para ser miembro del plantel de abogados de la Procuración General se requiere ser abogado o abogada con cuatro años de graduado o graduada, tener matrícula vigente para el ejercicio profesional y aprobar el concurso público de oposición y antecedentes.

19. Cfr. Rodríguez, María José, “La capacitación del Cuerpo de Abogados del Estado: aspectos que definen su particular impronta”, en *Procuración General de la Ciudad. Memoria de Gestión. Julio Conte-Grand 2012-2015*, op. cit., pp. 39-41.

20. Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, Dictamen Jurídico PG IF, Expediente Electrónico 2012-2250498-MGYA-PG, 2014.

Cabe destacar también el artículo 104, apartado 9, de la CCABA, que establece como atribuciones y facultades del Señor Jefe de Gobierno: i) establecer la estructura y organización funcional de los organismos de su dependencia; ii) nombrar a los funcionarios y agentes de la administración; y iii) ejercer la supervisión de su gestión. El artículo descripto se encuentra así en consonancia con lo que prescribe el artículo 24 de la Ley N° 1218 (texto consolidado por Ley N° 5454), que establece que el Jefe de Gobierno nombra a los miembros del plantel de abogados de acuerdo con el orden de mérito del último concurso riguroso y público realizado, hasta el último concursante que haya obtenido el mínimo de calificación exigida para el ingreso.

Acreditada la idoneidad exigida por la Constitución para el acceso a los cargos públicos a través del concurso, una vez designados y transcurrido el plazo fijado por la legislación, estos gozan de estabilidad.

Ciertamente, si es de interés de la comunidad que los puestos de la Administración no sean botín de guerra, en palabras de Bartolomé Fiorini, singular relevancia adquiere esto en cuanto a la selección de quienes efectuarán el control de juridicidad. De ahí la importancia del concurso en el acceso y en la promoción, para la abogacía estatal.²¹

En consonancia con lo expuesto, respecto a los agentes sobre los cuales este órgano tiene un rol de supervisión técnico-jurídica, tal como sucede en el caso de los profesionales que actúan como mandatarios, sería aconsejable también establecer un nuevo régimen de selección que, en adición a los requisitos ya exigidos, incorpore principios de idoneidad, capacitación, mérito y capacidad operativa de los profesionales.

En la actualidad, la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires se constituye como la organización de abogados más grande del país en cuanto a la cantidad de profesionales abogados que nuclea dentro de su ámbito. Dado ello, para poder asegurar un cabal cumplimiento de sus fines requiere la adopción de un plan de gestión con objetivos generales y particulares concretos y mensurables, y con la definición de proyectos y cursos de acción que permitan alcanzarlos, ello más allá de contar con el indispensable buen criterio jurídico y responsabilidad profesional de cada uno de sus integrantes.

21. Cfr. Rodríguez, María José, *op. cit.*

Capítulo Cuarto Auditoría General

UNA MIRADA EXTERNA COMO GARANTÍA DE CONTROL

Por Alejandro G. Fernández

Artículo 135

La Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dependiente de la Legislatura, tiene personería jurídica, legitimación procesal y autonomía funcional y financiera.

Ejerce el control externo del sector público en sus aspectos económicos, financieros, patrimoniales, de gestión y de legalidad. Dictamina sobre los estados contables financieros de la administración pública, centralizada y descentralizada cualquiera fuera su modalidad de organización, de empresas, sociedades o entes en los que la Ciudad tenga participación, y asimismo sobre la cuenta de inversión.

Tiene facultades para verificar la correcta aplicación de los recursos públicos que se hubiesen otorgado como aportes o subsidios, incluyendo los destinados a los partidos políticos del distrito.

Una ley establece su organización y funcionamiento.

La ley de presupuesto debe contemplar la asignación de recursos suficientes para el efectivo cumplimiento de sus competencias.

Los agentes, autoridades y titulares de organismos y entes sobre los que es competente, están obligados a proveerle la información que les requiera.

Todos sus dictámenes son públicos. Se garantiza el acceso irrestricto de cualquier ciudadano a los mismos.

Concordancias: artículo 85 CN; artículo 159 Constitución de la Provincia de Buenos Aires; artículos 189, 191, 192, 193 y 194 Constitución de la Provincia de Catamarca; artículo 127 Constitución de la Provincia de Córdoba; artículos 133, 135, 136, 137 y 138 Constitución de la Provincia de Corrientes; artículos 178, 179, 180 y 181 Constitución de la Provincia del Chaco; artículos 219, 221, 222 y 223 Constitución de la Provincia de Chubut; artículo 213 Constitución de la Provincia de Entre Ríos; ar-

títulos 150 y 151 Constitución de la Provincia de Formosa; artículos 200 y 201 Constitución de la Provincia de Jujuy; artículo 103 Constitución de la Provincia de La Pampa; artículos 163, 164 y 165 Constitución de la Provincia de La Rioja; artículos 78 y 80 Constitución de la Provincia de Tucumán; artículos 181, 182, 183 y 185 Constitución de la Provincia de Mendoza; artículo 133 Constitución de la Provincia de Misiones; artículos 258, 260, 261, 262, 263 y 264 Constitución de la Provincia de Neuquén; artículos 162 y 163 Constitución de la Provincia de Río Negro; artículo 169 Constitución de la Provincia de Salta; artículo 123 Constitución de la Provincia de Santa Cruz; artículo 81 Constitución de la Provincia de Santa Fe; artículos 256, 258, 259, 260, 261 y 262 Constitución de la Provincia de San Juan; artículos 238, 239, 240, 242, 243, 244, 245 y 246 Constitución de la Provincia de San Luis; artículos 170, 172 y 173 Constitución de la Provincia de Santiago del Estero; artículos 164, 165 y 166 Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

A nivel nacional, con la constitucionalización de tratados y pactos internacionales,¹ la convencionalización de los derechos y el dictado de la Ley N° 24156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, y los nuevos aires que inspiraron las reformas constitucionales, comienza un proceso de institucionalización de organismos de control que irrumpe en el tradicional modelo de fiscalización de los Tribunales de Cuentas.

Los constituyentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al establecer el modelo de órgano de control externo del funcionamiento patrimonial y de gestión de gobierno, optaron por replicar y ampliar los lineamientos del –en ese entonces reciente– sistema nacional, y lo denominaron “Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (AGCBA).

Adviértase que pese a que todas las provincias de la República Argentina establecieron en sus constituciones locales sus propios organismos de control externos en este sentido, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires junto con la Provincia de Salta son las únicas jurisdicciones que se apartan del concepto o definición clásica de Tribunal de

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Civiles y Políticos, Convención Interamericana contra la Corrupción, entre otros.

Cuentas en sus textos constitucionales –el cual conceptualmente se asociaba sobre todo al control administrativo contable y de legalidad–, para ampliar su ámbito de actuación, control y fiscalización en objetivos estratégicos de gestión integral.

Actualmente y en este sentido, algunos órganos de control locales ya han incorporado el cambio de paradigma de la gestión pública incorporando auditorías de rendimiento o de gestión a sus planes de acción.

La naturaleza, organización, misiones, funciones, obligaciones y responsabilidades nacen y se desprenden principalmente de la aplicación e interpretación integral y armónica del Capítulo Cuarto de la Constitución local, el Título IV de la Ley N° 70² de 1998, la Ley N° 325³ de 1999, la reglamentación interna de la propia AGCBA, y de la labor desarrollada por el Cuerpo de Auditores Generales desde su primera conformación –el 31 de marzo de 1999– hasta la fecha.

ESTATUS JURÍDICO

La AGCBA es un ente⁴ constitucional dependiente de la Legislatura de la Ciudad, entendiendo que el control externo del sector público es una atribución inherente a los Poderes Legislativos en los sistemas de gobierno republicanos.

Posee autonomía funcional y financiera, a fin de garantizar independencia de criterio, un valor esencial de cualquier ente que tenga como misión el control y la fiscalización.

Detenta responsabilidad jurídica frente a sí misma y terceros, puede interponer acciones ante la Justicia en forma directa, y establece su organización y funcionamiento.

Incluso fue concebida con mayor autonomía que la Auditoría General de la Nación (AGN), puesto que cuenta con legitimación procesal para concurrir a la Justicia como parte y la prescripción de publicar sus informes y dictámenes sin necesidad de que sean aprobados por la Legislatura.

2. Ley de Gestión, Administración financiera y Control del Sector Público.

3. Normas de la Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires.

4. El artículo 131 de la Ley N° 70 establece claramente su estatus al establecer: “La Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ente de control externo posterior del Sector Público de la Ciudad La ley 70...”.

COMPETENCIAS

Ejerce el control externo sobre el sector público en todas sus modalidades de organización, en aquellas donde la Ciudad tenga participación, y entes privados en cuanto a las obligaciones emergentes de contratos de privatización y concesión o que perciban, gasten o administren fondos públicos en virtud de una norma legal o con una finalidad pública.

El producto final del trabajo realizado por la AGCBA es el Informe de Auditoría, donde se detectan debilidades y fortalezas de las medidas implementadas, el grado de cumplimiento de los objetivos propuestos, la adecuación a la normativa vigente y a los principios de eficiencia, eficacia, economía, legalidad y transparencia, y se desarrollan comentarios, observaciones, recomendaciones y conclusiones respecto de los distintos estamentos de competencia; ello en cumplimiento de las normas básicas de auditoría externa aprobadas por la Ley N° 325.

La intención del informe es mejorar la calidad de la gestión del organismo auditado y por ende del sector público, contribuyendo así a fortalecer la cultura de rendición de cuentas y resultados, principio que sustenta el gobierno republicano, en alusión a la publicidad de los actos de gobierno.

Además pretende mejorar la calidad de la gestión pública entendida como el perfeccionamiento de los procesos y tareas y entrega de servicios y productos de mayor calidad a los ciudadanos.

Asimismo, la utilización de los informes de auditoría debe facilitar la toma de decisiones de los parlamentarios en su función legislativa.

En definitiva, se desarrollan dos objetivos fundamentales para el fortalecimiento del sistema republicano ofreciendo información tanto al sector público como al ciudadano. En la actualidad, se puede considerar a los organismos de control gubernamental como una herramienta esencial en lo que se refiere al concepto de Gobierno abierto, el cual se sostiene sobre tres pilares: la colaboración, la participación y la transparencia; y justamente es en este último en que se hace referencia al acceso a la información pública y a la apertura de los datos públicos. Es cuando comienza a funcionar el control social por parte de los ciudadanos por sobre la gestión gubernamental y las políticas públicas puestas en marcha.

ESTRUCTURA ORGÁNICA

Establece su estructura orgánica, sus normas básicas y la distribución de funciones conforme la autonomía legada. El diseño estructural comprende los requisitos prescriptos por la Ley N° 70 de Sistemas de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público de la Ciudad, en pos de dar cumplimiento a los objetivos de la citada ley. La organización y el funcionamiento se encuentran reflejados en la Ley N° 325 y en la normativa interna adoptada por el Cuerpo Colegiado de Auditores Generales.

RECURSOS - PRESUPUESTO

Para hacer efectiva la autonomía funcional y financiera es que la asignación presupuestaria debe contemplar los recursos que la AGCBA solicite para el efectivo cumplimiento de sus competencias, los cuales deben ser remitidos en tiempo y forma. Es decir que, incorporadas las necesidades de recursos a la programación financiera del Gobierno de la Ciudad, este último debe librar los fondos regularmente.

Ello es de vital importancia, ya que estas necesidades financieras son establecidas por la AGCBA en conformidad con los objetivos y metas de su Plan Anual de Auditoría, el cual refleja la agenda de actividades de cada año.

OBLIGACIÓN DE INFORMAR

El deber de colaboración e información de la Administración Pública –bajo cualquiera de sus formas– resulta esencial para ejercer las funciones de contralor propias de su rol.

La falta de cumplimiento de dicha obligación habilita y exige la adopción de medidas tendientes a sancionar y erradicar dichas prácticas.

La obligación de informar es un correlato de la garantía de control, que si bien se encuentra contemplada en las leyes ya citadas,⁵ trasciende el marco legal local propio para garantizar el propio sistema de gobierno.⁶

5. Ver artículo 147 de la Ley N° 70, artículos 9, 10 y 14 del Anexo I de la Ley N° 325, entre otros.

6. Así lo entendió el propio Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el Fallo “Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/

PUBLICIDAD DE LOS ACTOS

Manteniendo los principios constitucionales receptados,⁷ y teniendo en cuenta que lograr la transparencia de la gestión pública es prioritario

Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) s/acción meramente declarativa” del 30/11/2005 (Expte. N° 3944/05), al establecer: “De lo que se trata aquí es de que un órgano constitucional de un Estado, como lo es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pueda ejercer, frente a la falta de voluntad del pretendido y mediante una decisión jurisdiccional, el control republicano de la actividad que el poder público local desarrolla bajo una cierta forma societaria. Facultad y posibilidad que trascienden el marco constitucional local y que encuentran justificación en la Convención Interamericana contra la Corrupción que forma parte del bloque de constitucionalidad federal (cfr. Ley N° 24759 y artículo 75, inc. 22, CN). En especial, me refiero al artículo III.9 de la Convención, que establece: “Artículo III. Medidas preventivas. A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinados a crear, mantener y fortalecer: (...) 9. Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas...” (cfr. voto de la Dra. Alicia Ruiz).

7. Ver artículos 1, 10, 11, 12, 54, 56 y 61 de la presente Constitución, a continuación:

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”.

Artículo 10: “*Rigen 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 y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos.*”.

Artículo 11: “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 desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”.

Artículo 12: “*La Ciudad garantiza:*

El derecho a la identidad de las personas. Asegura su identificación en forma inmediata a su nacimiento, con los métodos científicos y administrativos más eficientes y seguros. En ningún caso la indocumentación de la madre es obstáculo para que se identifique al recién nacido. Debe facilitarse la búsqueda e identificación de aquellos a quienes les hubiera sido suprimida o alterada su identidad. Asegura el funcionamiento de organismos estatales que realicen pruebas inmunogenéticas para determinar la filiación y de los encargados de resguardar dicha información.

para los organismos de control, no es casual que la publicidad de las acciones realizadas por la AGCBA y el acceso irrestricto para los ciudadanos se encuentren expresamente contemplados en el presente artículo. En tal sentido, su sitio en Internet es un elemento fundamental para lograrlo.

Artículo 136

La Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se compone de siete miembros designados por mayoría absoluta de la Legislatura. Su Presidente o Presidenta es designado a propuesta de los legisladores del partido político o alianza opositora con mayor representación numérica en el Cuerpo. Los restantes miembros serán designados a propuesta de los legisladores de los partidos políticos o alianzas de la Legislatura, respetando su proporcionalidad.

Concordancias: artículo 85 CN; artículo 159 Constitución de la Provincia de Buenos Aires; artículo 190 Constitución de la Provincia de Catamarca; artículo 126 Constitución de la Provincia de Córdoba; artículo 134 Constitución de la Provincia de Corrientes; artículo 177 Constitución de la Provincia del Chaco; artículo 220 Constitución de la Provincia de Chubut; artículo 214 Constitución de la Provincia de Entre Ríos; artículo 150 Constitución de la Provincia de Formosa; artículo 199 Constitución de la Provincia de Jujuy; artículo 104 Constitución de la Provincia de La Pampa; artículos 161 y 162 Constitución de la Provincia de La Rioja; artículo 79 Constitución de la Provincia de Tucumán; artículo 184 Cons-

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...

Artículo 54: “Los sistemas de administración financiera y gestión de gobierno de la Ciudad son fijados por ley y son únicos para todos los poderes; deben propender a la descentralización de la ejecución presupuestaria y a la mayor transparencia y eficacia en la gestión. *La información financiera del gobierno es integral, única, generada en tiempo oportuno y se publica en los plazos que la ley determina*”.

Artículo 56: “*Los funcionarios de la administración pública de la Ciudad, de sus entes autárquicos y descentralizados, son responsables por los daños que ocasionan y por los actos u omisiones en que incurrieran excediéndose en sus facultades legales. Deben presentar una declaración jurada de bienes al momento de asumir el cargo y al tiempo de cesar*”.

Artículo 61: “La ciudadanía tiene derecho a asociarse en partidos políticos, que son canales de expresión de voluntad popular e instrumentos de participación, formulación de la política e integración de gobierno. *Se garantiza su libre creación y su organización democrática, la representación interna de las minorías, su competencia para postular candidatos, el acceso a la información y la difusión de sus ideas*”.

(Todos los destacados me pertenecen).

titución de la Provincia de Mendoza; artículo 132 Constitución de la Provincia de Misiones; artículo 259 Constitución de la Provincia de Neuquén; artículo 161 Constitución de la Provincia de Río Negro; artículo 169 Constitución de la Provincia de Salta; artículo 123 Constitución de la Provincia de Santa Cruz; artículo 81 Constitución de la Provincia de Santa Fe; artículo 257 Constitución de la Provincia de San Juan; artículo 241 Constitución de la Provincia de San Luis; artículo 171 Constitución de la Provincia de Santiago del Estero; artículo 163 Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

CONFORMACIÓN

La AGCBA, siguiendo nuevamente la estructura nacional, adoptó la conformación de un Cuerpo Colegiado integrado por siete miembros, denominados Auditores Generales.

El Cuerpo toma sus decisiones en forma colegiada por mayoría absoluta del total de sus miembros, mientras que el Presidente o la Presidenta vota y tiene doble voto en caso de empate.⁸

Esta integración no se encuentra replicada en ningún otro organismo de control externo provincial, ya que en el resto de las jurisdicciones la cantidad de los miembros de los Tribunales de Cuentas o de la propia Auditoría General de Salta oscila entre tres y cinco miembros.

DESIGNACIÓN

Reafirmando la concepción del control externo como una atribución inherente al Poder Legislativo y la representatividad del pueblo que se da en su seno –en virtud de la participación del ciudadano en el sufragio–, todo el proceso de designación de sus miembros se encuentra a cargo de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y sujeto al debido control de constitucionalidad.⁹

8. Artículo 138 de la Ley N° 70.

9. En provincias como Neuquén, Formosa, Santa Fe, Misiones y Jujuy, entre otras, la designación de los Miembros del Tribunal de Cuentas es a propuesta del Poder Ejecutivo con acuerdo legislativo, mientras en otras se adoptaron sistemas mixtos y variados de designación (v. gr. Tierra de Fuego, San Luis, Santiago del Estero, Chubut,

Es en su seno donde se proponen los candidatos, se convoca y se realiza la audiencia pública de antecedentes, y finalmente se los designa mediante una resolución.

En virtud de la trascendencia de la labor de la Auditoría y la importancia de la institución en la tarea del control, los constituyentes establecieron un sistema de designación de sus integrantes que permite asegurar la participación de distintas fuerzas políticas con representación en la Legislatura, y tratando de evitar que el partido político o alianza que gobierna disponga de la presidencia del organismo.

Es en la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control, en la cual participan como miembros los distintos partidos políticos o alianzas, donde se presentan las propuestas y acreditaciones pertinentes, y es en las resoluciones que esta emite donde se expide acerca de la idoneidad y el cumplimiento de requisitos de los presentados para ocupar el cargo.

Son elegidos mediante votación por mayoría absoluta de los legisladores con la siguiente modalidad: la Presidencia del Colegio de Auditores Generales es elegida a propuesta de los legisladores del partido político o alianza opositora con mayor representación numérica. Los seis restantes Auditores Generales son preseleccionados por cada uno de los partidos políticos o alianzas presentes en la Legislatura sobre la base de su proporción en el cuerpo.

La proporcionalidad es el principio rector establecido por la Constitución para realizar la designación de los miembros de la AGCBA, el cual se ha establecido desde su primera conformación según las reglas del sistema D'Hont.¹⁰

Entre Ríos). Incluso en la Provincia de Córdoba el presidente del Tribunal de Cuentas es elegido directamente por sufragio electoral.

10. Si bien el texto constitucional no establece unívocas referencias al modo de establecer o interpretar esas proporcionalidades y los conceptos de alianzas opositoras, lo que ha generado la recurrente intervención del Tribunal Superior de Justicia local a fin de ratificar la legalidad de las decisiones legislativas, resulta de utilidad la cita de algunos fragmentos de esos fallos para su esclarecimiento: "El constituyente reguló expresamente todo lo vinculado con la integración de la Auditoría General: estableció mayorías especiales para la designación de sus miembros, asignó la presidencia a una minoría determinada y previó la proporcionalidad para designar a los restantes miembros. Ello demuestra que, entre generar un espacio de decisión política o establecer una regla jurídica, optó por la segunda" (Causa "Partido Justicialista c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Legislatura)". Fallos del TSJ, T. I, p. 155 y ss.).

La designación es por un período de cuatro años, pudiendo ser reelegidos una única vez al igual que los legisladores.

Las condiciones, requisitos, incompatibilidades e inhabilidades se encuentran receptados en el plexo local a través de articulados específicos –como la Ley N° 70 de Sistema de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público, que a su vez remite a la Constitución de la Ciudad (CCABA)–¹¹ o genéricos, que los comprenden como funcionarios públicos (como es la Ley N° 4895 de Ética Pública).

Para finalizar resulta interesante destacar que la CCABA no establece en su propio plexo los recaudos personales y profesionales para el cargo, como ocurre en la mayor parte de las constituciones provinciales. Actualmente esos requisitos se encuentran contemplados en el artículo 139 de la Ley N° 70, el cual exige: i) nacionalidad argentina, ii) nacido en la Ciudad

“... la Constitución local establece, para la integración del órgano de control, una secuencia: 1) primero se designa presidente y 2) luego se designan los seis cargos de auditores. En este proceso, y acorde con la naturaleza de órgano de control que ostenta la Auditoría y con el necesario respeto de los derechos de las minorías que impone garantizarles adecuadamente la participación política, el artículo 136 dispone una fórmula mixta: Respecto del presidente, el texto constitucional es claro e impone una solución: la Presidencia le corresponde al candidato que propone el partido político o alianza opositora con mayor representación numérica en el Cuerpo; a los restantes auditores, la Legislatura resulta habilitada para elegirlos –a propuesta de sus legisladores agrupados en partidos políticos o ‘alianzas de la Legislatura’–, siempre que se respete la pauta establecida en la norma: el principio de proporcionalidad”. (Expte. N° 8501; Causa “Sanseverino, Pablo y otro c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad” del 19/03/2013. Voto de la Dra. Ana María Conde).

“La CCABA encomienda la conformación de la Auditoría General a la Legislatura. En tales condiciones, la autoridad de aplicación de la norma es la Legislatura y, consecuentemente, conforme la doctrina de ‘Cullen c/Llerena’ (Fallos: 53:420, 434), *mutatis mutandis* aplicable al caso, incumbe a dicho poder interpretar la norma y su interpretación debe ser respetada, so riesgo de incurrir en un inadmisibles avasallamiento de su atribución y, así, de la CCABA. Eso no implica admitir que la Legislatura vague discretionalmente en sus interpretaciones convirtiéndolas en una justificación *ex post* de sus preferencias. Se trata de respetar aquellas interpretaciones que la Legislatura adopta con el compromiso de observarlas. De ahí que corresponda establecer si hizo alguna interpretación y cuándo” (Expte. N° 8501; Causa “Sanseverino, Pablo y otro c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad” del 19/03/2013. Voto del Dr. Luis Francisco Lozano).

11. Artículo 143 de la Ley N° 70: “Los/las Auditores/as Generales están alcanzados/as por las incompatibilidades e inhabilidades establecidas en los artículos 57, 72 y 73 de la Constitución de la Ciudad”.

o con residencia mayor a cuatro años a la fecha de la elección, iii) mayoría de edad, iv) título universitario, y v) poseer experiencia en temas jurídicos, económicos, contables, financieros o de gestión, vinculados al sector público.¹²

12. Artículo 139 de la Ley N° 70: “Para ser Auditor/a General, se debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 70 de la Constitución de la Ciudad, tener título universitario y contar con probada experiencia en temas jurídicos, económicos, contables, financieros o de gestión, vinculados al Sector Público”.

Capítulo Quinto

Defensoría del Pueblo

Artículo 137

La Defensoría del Pueblo es un órgano unipersonal e independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que no recibe instrucciones de ninguna autoridad.

Es su misión la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, las leyes y esta Constitución, frente a los actos, hechos u omisiones de la administración o de prestadores de servicios públicos.

Tiene iniciativa legislativa y legitimación procesal. Puede requerir de las autoridades públicas en todos sus niveles la información necesaria para el mejor ejercicio de sus funciones sin que pueda oponérsele reserva alguna.

Está a cargo de un Defensor o Defensora del Pueblo que es asistido por adjuntos cuyo número, áreas y funciones específicas y forma de designación son establecidas por la ley.

Es designado por la Legislatura por el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros, en sesión especial y pública convocada al efecto.

Debe reunir las condiciones establecidas para ser legislador y goza de iguales inmunidades y prerrogativas. Le alcanzan las inhabilidades e incompatibilidades de los jueces.

Su mandato es de cinco años; puede ser designado en forma consecutiva por una sola vez, mediante el procedimiento señalado en el párrafo quinto. Sólo puede ser removido por juicio político.

El Defensor del Pueblo vela por la defensa y protección de los derechos y garantías de los habitantes frente a hechos, actos u omisiones de las fuerzas que ejerzan funciones de policía de seguridad local.

LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Por Alejandro Amor

INICIAL

Las constituciones expresan la comprensión del mundo que tienen sus redactores, quienes en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA) de 1996 han intentado concretar una idea ya expuesta por Mariano Moreno: los pueblos tienen el derecho para fijar la Constitución, en el feliz momento de explicar su voluntad general.¹ Significativamente, la Constitución porteña representa, en el instrumento que recoge su texto, las ideas señeras de los integrantes de la ciudadanía de 1996. Una Constitución sancionada por unanimidad debería constituir en sí misma un acto de celebración.

Los aniversarios son útiles para recordar las bases emocionales de consenso y también reivindicar los fundamentos racionales de la pura constitucionalidad. Por eso, al cumplirse veinte años de la sanción de la Ley Fundamental porteña, se puede afirmar que la rigurosidad y solvencia de sus letras ponen en evidencia que la Ciudad de Buenos Aires ha realizado un aporte sustancial al constitucionalismo de la Argentina. Los constituyentes porteños cumplieron con las directivas de sus ciudadanos instituyentes: elaborar la Ley Fundamental. La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires se concretó por intermedio del artículo 129 de la Constitución federal, en 1994. Esta definición jurídica tiene visos de permanencia, ya que el día en que la Ciudad deje de ser Capital Federal de la República, y por ende las autoridades federales ejerzan el gobierno desde otro lugar, la Ciudad será –sin dudas– una provincia; si acaso ahora mismo no lo es. Recordemos que la federación se integra, indiscutiblemente, por 24 entes; entre ellos, nuestra Ciudad Autónoma.

La CCABA posee los siguientes fragmentos diferenciados por el propio poder constituyente: Preámbulo; Título Preliminar; dos Libros, el Primero: “Derechos, garantías y políticas especiales” y el Segundo: “Gobierno de la Ciudad”; y finalmente, una “Cláusula derogatoria” y

1. *Gazeta extraordinaria de Buenos Ayres*, martes 6 de noviembre de 1810, citada por Sampay, Arturo, “La evolución constitucional argentina”, en *Las constituciones de la Argentina 1810-1872. Recopilación, notas y estudio preliminar*, Buenos Aires, Eudeba, 1975, p. 8, cita N° 30.

las “Cláusulas transitorias”. Todo ello está expresado en las letras del Preámbulo, los 140 enunciados permanentes y los 24 no permanentes. Siempre se puede enjuiciar el criterio ejercido por el poder configurador en el momento autoral; sin embargo, hay algo que no se puede hacer: apartarse de la arquitectura creada, con propiedad, robustez y elegancia, por la Constitución porteña de 1996.

La Defensoría del Pueblo tiene ciudadanía constitucional a partir del artículo 137 de la CCABA. Su realidad normativa, en el imaginario constitucional, es generosa. También lo es su institución como órgano. A continuación se describe su encuadre normativo y se comentan aspectos eminentes de las definiciones constitucionales prescriptas por el artículo 137 de la CCABA y las instituidas en la Ley N° 3,² porque desde la Constitución porteña se derivan, al poder constituido, aspectos de la configuración institucional. Cabe recordar que por la Ley N° 3, artículo 40, se dispuso: “La Defensoría del Pueblo es continuadora jurídica de la Controladuría General Comunal”. Por último, se realiza un breve discurso respecto de la arquitectura interna; es decir, el propio funcionamiento asentado constitucionalmente en la letra del artículo 137 de la CCABA.

DEFINICIONES CONSTITUYENTES Y LEGALES

Encuadre normativo

Corresponde examinar el emplazamiento de la institución. Se encuentra dentro del Libro Segundo, que a su vez tiene siete títulos; precisamente, el Título Séptimo lleva por nombre “Órganos de control”. Allí, en su Capítulo Quinto, reside el artículo 137. En la geografía de la CCABA, la Defensoría del Pueblo comparte su ubicación con la Sindicatura General (Capítulo Segundo, artículo 133); con la Procuración General (Capítulo Tercero, artículo 134); con la Auditoría General (Capítulo Cuarto, artículo 135) y con el Ente Regulador de los Servicios Públicos (Capítulo Sexto, artículo 138).

2. Publicada en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires N° 394 el 27/02/1998. La Constitución de 1996 no caracterizó ni estipuló expresamente la categoría de “leyes orgánicas” o “leyes constitucionales”. En verdad, la Ley N° 3 puede ser ameritada como una ley orgánica, desde que instituye aspectos complementarios de la Defensoría del Pueblo. Paralelamente, se la podría considerar una ley constitucional porque sus preceptos se dirigen, directamente, hacia la anatomía y fisiología del órgano Defensoría del Pueblo.

Esta decisión del poder constituyente puede ser objeto de crítica, ya que la Defensoría del Pueblo no es solamente una institución de control. Su actividad es un escalón o rubro de la noción más amplia de *garantía* constitucional. El Derecho Constitucional se diferencia de otras ramas del mundo del Derecho porque debe garantizarse por sí mismo, lo cual supone la preexistencia de una arquitectura que esté en condiciones de asegurar –en la medida posible– tal garantía inmanente. Las garantías constituyen, pues, un elemento inescindible del concepto de Constitución y la Defensoría del Pueblo sólo puede ser concebida en el marco de una garantía orgánica para el sostén y desarrollo del Derecho de la Constitución, tesis francamente superadora del mero control. Pueden hallarse ejemplos de esto en el Derecho comparado; así, en Francia se ha generado un singular y bien diferenciado “Título XI bis” (artículo 71-1) para acoger, desde la reforma constitucional de 2008, al novísimo instituto –para su Derecho Constitucional– del *Defenseur des Droits*.³

A continuación se describen las tareas institucionales de la Defensoría, actividades que podrían justificar un emplazamiento constitucional que no sólo refiera al control. En efecto, la magistratura de opinión, las tareas de divulgación y la contención comunitaria superan largamente la noción del *puro control*.

Órgano unipersonal

El artículo 137 de la CCABA estipula lo siguiente:

La Defensoría del Pueblo es un órgano unipersonal e independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que no recibe instrucciones de ninguna autoridad. (...)

Está a cargo de un Defensor o Defensora del Pueblo⁴ que es asistido por adjuntos cuyo número, áreas y funciones específicas y forma de designación son establecidas por la ley.

3. Loi constitutionnelle N° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République. Disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-revisions-constitutionnelles/loi-constitutionnelle-n-2008-724-du-23-juillet-2008.16312.html>

4. Según ordena el art. 137, CCABA, el Defensor del Pueblo es “designado por la Legislatura por el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros, en sesión especial y pública convocada al efecto”. Por su parte, la Ley N° 3 ha determinado que será designado por resolución de la Legislatura de la Ciudad, que debe publicarse en el Boletín Oficial (arts. 3 y 5). Conjuntamente, un interesante proceso alumbró desde el artículo 4 de la Ley

La prescripción constitucional respecto de la naturaleza unipersonal exige de comentarios, la contundencia y claridad de la definición se expresa de modo concluyente. Afirmar otra cosa significaría arremeter contra la letra de la Ley Fundamental porteña. El mandato del Defensor del Pueblo dura cinco años (artículo 7, Ley N° 3); las cuestiones referidas al cese fueron elaboradas legalmente.⁵

La primera Defensora del Pueblo designada constitucionalmente por la Legislatura fue Alicia Oliveira, en 1998. Finalizada su tarea, la Legislatura designó en 2003 a Alicia Pierini quien, concluido su mandato, fue designada nuevamente, también por cinco años. En 2013 la Legislatura eligió al autor de este comentario para desempeñar el cargo de Defensor del Pueblo de la Ciudad, en este caso para cubrir el desarrollo constitucional durante el período 2014-2019.

N° 3, porque “Previo a la convocatoria de la sesión, la Legislatura (...) debe abrir por un período de diez (10) días un registro para que los ciudadanos, por sí o por intermedio de organizaciones no gubernamentales, hagan sus propuestas respecto de postulantes con antecedentes curriculares que las fundamenten. Sólo son considerados candidatos aquellos postulantes que sean propuestos por algún legislador. Con una antelación no menor de tres (3) días y durante tres (3) días deben ser anunciadas las fechas de apertura y cierre del registro de postulantes y la celebración de la audiencia pública, por la emisora radial de la Ciudad de Buenos Aires y el Boletín Oficial y al menos en tres diarios de amplia circulación, en una emisora de radiodifusión de AM y en una de televisión abierta. Vencido el plazo de cierre del registro debe darse a publicidad durante dos (2) días (...) la nómina de candidatos propuestos por los Diputados y Diputadas y los postulantes anotados en el Registro. La totalidad de los antecedentes curriculares presentados deben estar a disposición de la ciudadanía. Quienes deseen formular impugnaciones u observaciones respecto de los candidatos propuestos, deben hacerlo por escrito en los siguientes cinco (5) días, bajo su firma y fundarlas en circunstancias objetivas que puedan acreditarse por medios fehacientes. Los candidatos tienen acceso a las mismas durante los tres (3) días siguientes. Cumplido lo expuesto en el párrafo anterior, la Comisión de Asuntos Constitucionales y la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control deben celebrar la audiencia pública a efectos de considerar las impugnaciones con la participación de los candidatos”. Se trata, básicamente, de reglas ordenadoras para la designación de servidores públicos en el marco de una sociedad abierta y participativa.

5. Ley N° 3, artículo 11:

“El Defensor o Defensora del Pueblo cesa en sus funciones por alguna de las siguientes causas:

- a) Muerte.
- b) Por vencimiento del plazo de su mandato;
- c) Por renuncia presentada y aceptada por la Legislatura.
- d) Por remoción, a través de juicio político, fundado en las causales que prevé el artículo 92 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires”.

La función del Defensor Adjunto tiene jerarquía constitucional, aunque su tarea no conmueve un ápice la naturaleza unipersonal de la institución. La tarea típica de un Defensor Adjunto debe ser asistir. Nótese que *asistir* es un verbo polisémico. Desde una óptica constitucional, significa tanto acompañar a alguien en un acto público como servir o atender a alguien, especialmente de un modo eventual o desempeñando tareas específicas. Por tanto, la *asistencia* conjugada constitucionalmente por imperativo del artículo 137 de la CCABA debe orientarse al cumplimiento de los propósitos enunciados por el Defensor.⁶

El hecho indisputable de que el Defensor del Pueblo no recibe instrucción de ninguna autoridad abarca, desde luego, a las adjuntías. Evidentemente, en la semántica constitucional, *autoridad* incluye a todos y cada uno de los servidores públicos creados e individualizados por la CCABA, o a quienes reclaman o remontan sus potestades en la fuente primigenia y genuina que ella comporta en el orden jurídico. En rigor, el Defensor recibe una *instrucción*: la de la Constitución porteña de 1996, instrumento que le determina su campo de actuación. En el párrafo siguiente se analiza su *misión* en tanto objetivo constituyente de la institución en el escenario jurídico de la Ciudad de Buenos Aires.

Misión constitucional

Las competencias o atribuciones son las facultades que las constituciones instituyen a los órganos. La escrupulosa observancia de la

6. La Ley N° 3 ha resuelto que el Defensor es asistido por cinco adjuntos. Las adjuntas o adjuntos son designados por la Legislatura mediante el mismo procedimiento, en la misma oportunidad y por el mismo período que el Defensor o Defensora del Pueblo. En el artículo 19 de la Ley N° 3 se han establecido “las áreas de especialización”:

- a. Políticas sociales en general, y en particular destinadas a personas mayores, personas con necesidades especiales, trabajo, seguridad social, turismo y mediación comunitaria.
- b. Administración Pública y prestación de servicios públicos de la Ciudad en general y en particular políticas de salud, cultura, educación, ciencia y tecnología, juventud, deporte, consumidores, usuarios, economía, finanzas y presupuesto.
- c. Seguridad y derechos humanos, fuerzas policiales y de seguridad, institutos carcelarios, igualdad entre varones y mujeres, derechos de los niños y adolescentes, derechos de las minorías y derecho a la libertad de expresión.
- d. Ambiente, comunicaciones, hábitat y urbanismo.
- e. Defensa y protección de los intereses y derechos de los clientes bancarios, de entidades financieras, mutuales y cooperativas.

más estricta legalidad –único modo posible de imaginar el Estado subordinado al Derecho de la Constitución– exige la descripción de los objetivos del poder constituyente formulados en los textos constitucionales. Fuera de la regulación jurídica, no existe el Derecho Constitucional: donde no hay regla atributiva de competencia, no debe existir actividad del órgano.

Para individualizar con la mayor exactitud a la Defensoría del Pueblo, corresponde, previamente, llamar la atención sobre la terminología de la Constitución porteña de 1996. Véanse, por ejemplo, los siguientes puntos: a) Las *competencias* de la Legislatura descritas en el artículo 80 tienen un título que las antecede: “Atribuciones”; b) en el artículo 104 se ilustran “atribuciones y facultades” del Jefe de Gobierno; c) en el artículo 113 se estipula que “Es *competencia* del Tribunal de Justicia conocer...”; d) en el artículo 125 se dispone: “Son *funciones* del Ministerio Público...”; e) respecto del Consejo de la Magistratura, se prescribe en el artículo 126 que “sus *funciones* son las siguientes...”. Leeremos “atribuciones”, “facultades”, “competencia” y “funciones”.

Repárese, ahora, en la prescripción constitucional sobre la Defensoría del Pueblo. En el artículo 137 se dispone que “Es su *misión*...”. Allí, en el mismo sitio que el poder constituyente ha distinguido, corresponderá que en la realización del Derecho el intérprete también distinga.

El Defensor del Pueblo es un servidor público de manera semejante a un legislador, un Jefe de Gobierno, un Fiscal General, un miembro del Consejo de la Magistratura o un juez del Tribunal Supremo de Justicia. No obstante, su misión distintiva ha sido objetivo de cualificación en la propia CCABA. Ciertamente, una *misión* siempre involucra un poder, una facultad, una competencia, una atribución o una función.

Adviértase la noble, compleja y trascendente “misión del Defensor del Pueblo”:

... la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, las leyes y esta Constitución, frente a los actos, hechos u omisiones de la administración o de prestadores de servicios públicos (CCABA, artículo 137).

El Defensor del Pueblo es instituido por el constituyente como un “misionero” de los derechos fundamentales. La originalidad en el vocabulario constitucional también se comprueba en el último párrafo

del artículo 137: “El Defensor del Pueblo vela por la defensa y protección de los derechos y garantías de los habitantes frente a hechos, actos u omisiones de las fuerzas que ejerzan funciones de policía de seguridad local”.

Todas las constituciones imponen a los poderes constituidos enorme cantidad de *obligaciones de hacer* o *prestaciones* en materia de derechos fundamentales. Esto es así porque los derechos fundamentales justifican al Estado constitucional. En definitiva, aunque no logren por completo ni a cabalidad el cometido de sus fines, son –a su manera– un propio fundamento racional del Estado.

La institución de la Defensoría del Pueblo ha sido ideada por el constituyente porteño como una herramienta paradigmática para llevar a cabo acciones que garanticen el generoso catálogo de derechos fundamentales a los que la Constitución porteña de 1996 da constancia normativa. Como se ha visto, las fuentes que confieren rango normativo a los derechos fundamentales son detalladas por la CCABA. Básicamente, el objeto de la tutela se enfila hacia la “administración y prestadores de servicios públicos”, así como también frente a “actos u omisiones de fuerzas que ejerzan funciones de policía de seguridad local”.

Pronto la Defensoría cumplirá 18 años de pura misión institucional. El Derecho no es un instrumento de precisión matemática, y el Derecho Público de la Ciudad de Buenos Aires no escapa a la regla. Sin embargo, cabe al intérprete –a los intérpretes, en una sociedad abierta– llevar adelante la concreción de los significados de las reglas constitucionales, por intermedio de un proceso racional y controlable. Conforme a lo expuesto, se observa que dentro de ese período (1998-2016) el ámbito de la misión mentada en el artículo 137 de la CCABA ha visto ampliado su campo de actuación. Así, puede extenderse razonablemente hacia todos los *laberintos* a cargo de un servidor público, sea su fuente de legitimación de origen electoral o no electoral.

Además, dada la peculiar naturaleza de los derechos fundamentales, la misión de la Defensoría también se extiende hacia actos de particulares que se encuentren en el marco y las condiciones tipificadas por la Constitución porteña; es decir, hechos u omisiones que de cualquier modo afecten los derechos fundamentales.⁷ La argumentación

7. La Ley N° 3 dispone que en el ámbito de incumbencias institucionales quedan “comprendidos también los actos de naturaleza administrativa de los poderes Judicial, Legislativo y de los Órganos de control” (art. 2).

expuesta se empalma con la obligación establecida en el artículo 27 de la Ley N° 3: “Si la queja se formula contra personas u organismos, o por actos, hechos u omisiones que no están bajo su competencia, el Defensor o Defensora del Pueblo está obligado a derivar la queja a la autoridad competente”.

Si los derechos fundamentales justifican la Constitución, el Defensor del Pueblo justifica su misión en tanto desarrolle la defensa, la protección y la promoción de aquellos. Las tres actividades encomendadas por el poder constituyente porteño al Defensor del Pueblo se ponen en movimiento, sustantivamente, de acuerdo a los siguientes modos: a) Por la queja, reclamo, denuncia o cualquier forma de comunicación que ejerza el ciudadano; b) según el apotegma ensayado por Eva Perón, que aquí podría ser parafraseado: “allí donde haya una necesidad, existe un derecho fundamental”. Este apotegma constituye una insignia de la gestión del Defensor del Pueblo; su radicación, en este caso, da origen a la apertura de las tareas o actividades, de oficio, aunque inmediatamente se integren los ciudadanos como parte. También la Defensoría puede ser convocada por autoridades federales o locales para intervenir, siempre dentro de su misión constitucional, en el curso de diferentes procesos de tutela de derechos fundamentales.

Al Defensor del Pueblo puede dirigirse cualquier persona física o jurídica que se considere afectada por los actos, hechos u omisiones previstos computados en el ámbito de su misión constitucional, según se establece en el artículo 25 de la Ley N° 3. Desde luego, para facilitar el acceso anotado en todos sus niveles y que eso mismo se concrete, la propia ley dispuso también que “La actuación ante el Defensor o Defensora del Pueblo no está sujeta a formalidad alguna” (artículo 26). Esto implica también que es totalmente gratuita.⁸

Por otra parte, la independencia del órgano, asentada en la Constitución porteña, significa que la actuación del Defensor del Pueblo no depende de consentimiento previo. Naturalmente, la propia actuación independiente es ajustada por la CCABA, en el artículo 137, al disponerse que “Sólo puede ser removido por juicio político” por la Legislatura. Hecho que jamás ha sucedido.

8. Ley N° 3, art. 14: “Las actuaciones del Defensor o Defensora del Pueblo están exentas del pago de cualquier tasa administrativa o judicial. También está eximido del pago de las costas cuando la Defensoría del Pueblo litigue contra entes públicos o empresas prestadoras de servicios públicos”.

En el desarrollo de su tarea constitucional, el Defensor del Pueblo puede requerir de las “autoridades públicas en todos sus niveles la información necesaria para el mejor ejercicio de sus funciones sin que pueda oponérsele reserva alguna” (artículo 137, CCABA). La ubicación de esta potestad, en la nomenclatura constitucional, resulta indispensable para las tareas del órgano.

Una enumeración no taxativa de las tareas propias cumplidas en el itinerario prescripto por la Constitución porteña de 1996 da lugar a las siguientes cuestiones: a) la atención del ciudadano; b) el seguimiento de la actuación; c) la producción de una recomendación; d) la realización de una mediación; e) la participación útil en un proceso judicial, dado que la CCABA la ha dotado de “legitimación procesal”; f) la producción de iniciativas legislativas.⁹ Sin dudas, las actividades señaladas se enlazan más o menos directamente con las actividades de defensa de los derechos fundamentales.

A su vez, la promoción de los derechos fundamentales es una forma o modalidad para operar ventajosamente en su tutela; en este aspecto, el campo de la Defensoría es múltiple: cursos, seminarios, publicaciones, participaciones en eventos, organización de congresos. Al respecto, no se han escatimado ni esfuerzos ni recursos. En efecto, esta promoción se ha ligado o visto favorecida por tareas de divulgación ciudadana, pero también se han promovido carreras, especializaciones, incluso el dictado de cursos de Derecho con validez doctoral. Al mismo tiempo, la Defensoría participa con ahínco, firmeza y sin pausa en todas las ediciones de la Feria del Libro, en la Ciudad de Buenos Aires, con su propio *stand*, agenda de actividades y distribución gratuita de publicaciones.¹⁰

9. Ver *La Iniciativa Legislativa de la Defensoría del Pueblo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, 2016.

10. En el art. 13 de la Ley N° 3 se ha configurado un notable catálogo de atribuciones para el cumplimiento de las funciones del Defensor del Pueblo:

- a. Comprobar el respeto a los derechos humanos en unidades carcelarias y penitenciarias, dependencias policiales e institutos de internación o guarda, tanto públicos como privados sujetos al control de la administración.
- b. Solicitar vista de expedientes, informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime útil a los efectos de la investigación, aun aquellos clasificados como reservados o secretos, sin violar el carácter de estos últimos.
- c. Realizar inspecciones a oficinas, archivos y registros de los entes y organismos bajo su control.

FUNCIONAMIENTO

Tiempo y espacio

La Ley orgánica N° 3, en su artículo 10, decidió expresamente una cualidad que parecía estar implícita en el artículo 137 de la CCABA: “La actividad de la Defensoría del Pueblo no se interrumpe en el período de receso de la Legislatura ni durante la feria judicial”. Por dicha razón, la tutela y promoción que desarrolla el Defensor del Pueblo se cumple todos los días del año y a toda hora. Las modernas tecnologías permiten, mediante diversos instrumentos, la recepción de denuncias, quejas o cualquier tipo de demanda en el ámbito de sus incumbencias. Sus atribuciones se circunscriben a todo el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

d. Solicitar la comparencia personal de los presuntos responsables, testigos, denunciantes y de cualquier particular o funcionario que pueda proporcionar información sobre los hechos o asuntos que se investigan.

e. Ordenar la realización de los estudios, pericias y la producción de toda otra medida probatoria conducente al esclarecimiento de la investigación.

f. Fijar los plazos para la remisión de informes y antecedentes y para la realización de diligencias.

g. Requerir la intervención de la Justicia para obtener la remisión de la documentación que le hubiere sido negada.

h. Promover acciones administrativas y judiciales en todos los fueros, inclusive el Federal. Tiene legitimación para interponer la acción prevista por el art. 113, inc. 2), de la Constitución de la Ciudad y sus normas reglamentarias, contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, anteriores o posteriores a la sanción de la Constitución de la Ciudad, para determinar si son contrarias a la misma o a la Constitución Nacional.

i. Ejercer la iniciativa legislativa.

j. Proponer la modificación o sustitución de normas y criterios administrativos.

k. Solicitar, para la investigación de uno o varios casos determinados, el concurso de empleados y funcionarios de la Administración.

l. Requerir el auxilio de la fuerza pública para el desempeño de su labor de investigación.

m. Asistir a las comisiones y juntas de la Legislatura, en las cuestiones relativas a su incumbencia con voz pero sin derecho a voto.

n. Dictar el Reglamento Interno, nombrar y remover a sus empleados y proyectar y ejecutar su presupuesto.

ñ. Determinar la estructura orgánico-funcional, la dotación de personal permanente y transitorio, el nivel de sus remuneraciones y el régimen de concurso público abierto por el cual se selecciona al personal permanente.

o. Realizar toda otra acción conducente al mejor ejercicio de sus funciones”.

Reglamento

Según lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N° 3:

... el Defensor o Defensora del Pueblo debe dictar el Reglamento Interno de los aspectos procesales de su actuación, dentro de los límites fijados por esta ley y respetando los siguientes principios:

- a. Impulsión e instrucción de oficio;
- b. Informalidad;
- c. Gratuidad;
- d. Celeridad;
- e. Imparcialidad;
- f. Inmediatez;
- g. Accesibilidad;
- h. Confidencialidad;
- i. Publicidad;
- j. Pronunciamiento obligatorio.

Informe anual

El Defensor del Pueblo debe presentar a la Legislatura un informe anual en el que debe dar cuenta de la tarea realizada en los ámbitos decididos por la Constitución porteña de 1996 para su misión. Las determinaciones a las que debe ajustarse el informe anual son reglamentadas en la Ley N° 3.¹¹

Los datos del último informe anual presentado, correspondiente a 2015, son útiles para demostrar al lector aspectos cuantitativos de la relevante misión instituida por la CCABA. De acuerdo con dicha pieza rectora, se abrieron 22.711 trámites, que dieron lugar a 1630 recomendaciones y resoluciones.¹² Si se computasen los períodos 1998-2015, serían cientos de miles de actuaciones, miles de advertencias, recomendaciones y resoluciones; semejante cantidad de presentaciones

11. En el art. 37 se dispone que se debe presentar el 15 de marzo de cada año. Más adelante, en el art. 38, se ordena: "El informe anual debe contener el número y tipo de quejas presentadas, de aquellas que hubiesen sido rechazadas y sus causas, de las que fueron objeto de investigación, de las medidas adoptadas para su resolución y del resultado de las mismas". Asimismo dispone: "En el informe no deben constar datos personales que permitan la pública identificación de los quejosos". El informe anual también debe contener "la rendición de cuentas del presupuesto ejecutado en el período que corresponda".

12. Disponible en: <http://www.defensoria.org.ar/institucional/pdf/InformeAnual2015.pdf>

judiciales y varias decenas de iniciativas legislativas. Y lo más relevante: queda demostrado que la Defensoría del Pueblo se encuentra todos los días de todos los años en vigilancia constante, al lado del ciudadano, sobre cada uno de los derechos fundamentales.

Autonomía y autarquía

Tal como se ha comentado, la Defensoría del Pueblo, por imperativo constitucional, dispone de autonomía funcional y autarquía financiera. Esta autonomía resulta fundamental porque, sin las determinaciones aludidas, resultaría muy complejo llevar adelante la misión encomendada. En este sentido, el poder constituyente ha legislado con sumo acierto.

COMENTARIO FINAL

Las constituciones son instrumentos inventados para facilitar la convivencia de los ciudadanos en paz. En la Constitución porteña de 1996 la carta de derechos fundamentales es de avanzada: todas las generaciones de derechos encuentran determinación positiva en este texto. La libertad del ciudadano está total y cabalmente garantizada. En el modelo porteño, el Estado no se ocupa de imponer ideales de conducta, ni de interferir en la vida de los particulares, ni nada que se le parezca. El diseño transita el buen camino, propio de los Estados democráticos de Derecho: garantiza y promueve el derecho de los ciudadanos a programar y proyectar su vida de acuerdo a sus propios ideales de existencia, protegiendo al mismo tiempo, mediante la consagración del orden y la moral públicos, el igual derecho de los demás. La ingeniería institucional adoptada para el diseño del poder satisface plenamente los principios del republicanismo, democracia y sujeción del gobierno al Derecho. Existe un poder con generosas atribuciones, pero sujeto a importantísimos mecanismos de control.

Un modelo constitucional como el porteño, instaurado en 1996, debía contar, necesariamente, con la institución del Defensor del Pueblo. Se trata de un órgano a disposición del ciudadano y del habitante porque la accesibilidad es totalmente gratuita y se cumple en las sedes y subsedes emplazadas estratégicamente en la Ciudad. Si bien es cla-

ro que los derechos fundamentales merecen ser articulados por cada uno de los servidores públicos, en particular el Defensor del Pueblo resulta ser el servidor público capaz de articular, con inmediatez, la fórmula: “tenés quién te defienda”, enunciado que se erige como una verdadera consigna constituyente en el desarrollo del órgano. De este modo, el ciudadano de Buenos Aires encuentra en la Defensoría del Pueblo un misionero prudente y correcto, que vela por la tutela más amplia y enérgica de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución federal, las leyes y la propia Constitución porteña. Sin la Defensoría del Pueblo, la protección y promoción de los derechos fundamentales correría severo riesgo. Su misión es noble y su articulación constitucional y legal, tan necesaria como sólida.

Capítulo Sexto

Ente Único Regulador de los Servicios Públicos

EL ENTE ÚNICO REGULADOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE LA CABA

Por Paola Vanessa Michielotto

Artículo 138

El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad, instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo, es autárquico, con personería jurídica, independencia funcional y legitimación procesal.

Ejerce el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos cuya prestación o fiscalización se realice por la administración central y descentralizada o por terceros para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto.

El artículo 138 de la Constitución porteña crea, en el ámbito del Poder Ejecutivo, el Ente Único Regulador de Servicios Públicos con las características descriptas de persona jurídica, autárquica, independencia funcional y legitimación procesal.

Posteriormente, la Ley N° 210 promulgada en 1999 reglamentará y establecerá la forma de llevar a cabo:

... el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos prestados por la administración central o descentralizada o por terceros, así como el seguimiento de los servicios cuya fiscalización realice la Ciudad de Buenos Aires en forma concurrente con otras jurisdicciones, para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto.

Quiroga Lavié considera que la función fundamental del Ente es el control, debido a que “todos los verbos utilizados por la norma así lo indican: ‘control’, ‘seguimiento’, ‘resguardo’, ‘fiscalización’, así como ‘velar por la observancia de las leyes’, son todos indicadores de la genérica función de control”.¹

Los servicios públicos que efectivamente son objeto de la protección del Ente están descriptos por la propia ley: transporte público de pasajeros; alumbrado público y señalamiento luminoso; higiene urbana, incluida la disposición final; control de estacionamiento por concesión; conservación y mantenimiento vial por peaje; transporte, tratamiento, almacenamiento y disposición final de residuos patológicos y peligrosos; televisión por cable o de transmisión de datos con el alcance previsto en el artículo 3 inciso m de la ley; y el control del estado de las instalaciones de transporte local y redes de distribución en la vía pública, tanto en el espacio aéreo como subterráneo, respecto de los servicios públicos locales y supervisar los tendidos de los interjurisdiccionales, a los efectos de velar por la seguridad y el resguardo ambiental; velar por la protección del ambiente, la seguridad, higiene y salubridad de los establecimientos e instalaciones y vehículos de los servicios sometidos a su competencia; requerir a los prestadores de servicios bajo su control, la información necesaria para verificar el cumplimiento de sus obligaciones, con el adecuado resguardo; y reserva de la información que pueda corresponder.²

1. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 387.

2. Scarano, Luciano y Szczyry, Romina, “El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires en su rol de contralor del servicio público de transporte automotor de pasajeros”, *Derechos Humanos en el Derecho Público Local*. 4to. Congreso de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012.

Diversas son las acepciones de un Servicio Público. Villegas Basavilbaso³ los define como “toda actividad directa e indirecta de la Administración Pública, cuyo objeto es la satisfacción de las necesidades colectivas por un procedimiento de Derecho Público”. A su vez, para Sarmiento García⁴ es:

... [toda] actividad administrativa desarrollada por entidades estatales o por su delegación, que tiene por finalidad satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, mediante prestaciones materiales en especie, periódicas y sistemáticas que constituyen el objeto esencial de una concreta relación jurídica con el administrado y asegurada por normas y principios que tienden a dar prerrogativas de Derecho Público a quien la cumple para permitirle la mejor satisfacción de las necesidades colectivas.

Podemos decir que prácticamente ningún servicio público queda fuera del ámbito del Ente Regulador de la Ciudad, ya que este organismo tiene el resguardo de la calidad de los servicios públicos, su control y seguimiento, al proteger los derechos de usuarios y consumidores, junto al medioambiente, haciendo respetar la normativa que se dicte al efecto.

Esta tutela de defensa de los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios está resguardada en la misma Constitución porteña en el artículo 46. Se excluyen los derechos de incidencia colectiva, contemplados en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Por su parte, el artículo 42 de la Carta Magna dispone que

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno...

Y el 46 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires dice:

La Ciudad ejerce poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados de la Ciudad (...) El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos promueve mecanismos de participa-

3. Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1950, T. II.

4. Sarmiento García, Jorge, *Temas de introducción a las instituciones de Derecho Público*, Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Ciencias Económicas, 1996.

ción de usuarios y consumidores de los servicios públicos de acuerdo a lo que reglamente la ley.

Estos derechos de tercera o cuarta generación tienen como nuevo eje de protección al individuo como miembro de la comunidad. Surgen luego de la Segunda Guerra Mundial, con la finalidad, entre otras, de evitar la explotación desmedida del medioambiente y de los derechos del consumidor, desprotegido frente al avance de grandes empresas que prácticamente lo insertan en un mercado en el cual permanentemente debe realizar contratos de adhesión e incorporar posteriormente las pautas del intercambio.

Es así como la potestad reguladora del Estado responde a lineamientos políticos tendientes a satisfacer necesidades de interés general o público. Y esa potestad reguladora se califica como de *control o prevención* cuando tiene por finalidad corregir los abusos de los operadores económicos que obtienen beneficios aprovechándose de los privilegios que les puede otorgar una posición de superioridad en el mercado por explotar actividades en condiciones de competencia relativa, o no competitiva cuando configuran un monopolio natural o legal.⁵

A su vez, la creación de un Ente Regulador es una herramienta útil para evitar el aumento sin control de las tarifas y las concesiones sin transparencia. Para Gordillo:

En aquellos sectores en los que no ha existido ente regulador independiente creado por ley ni debido acatamiento al principio de la audiencia pública, se han renegociado los contratos originarios sin audiencia pública y en detrimento de los intereses económicos de los usuarios que la Constitución garantiza, aumentando incausadamente las tarifas, prorrogando concesiones, perdonando al concesionario o licenciatario multas devengadas a favor de los usuarios, etc.: son los mismos vicios que décadas antes sumaron razones para la estatización, el rescate, la nulidad. Un comienzo poco auspicioso.⁶

A pesar de lo anterior, el Ente Regulador de la Ciudad, en el marco de la Carta Magna local y la Ley N° 210, no posee atribuciones de

5. VV. AA., *Ente Regulación De Los Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires*, Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP) - Programa Ciudad de Buenos Aires, 1998, p. 18.

6. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 8ª edición, 2003, T. II, p. 250.

regulación (generador de normativa), sino de fiscalización del cumplimiento de la legislación vigente. Esta situación equipara al Ente a otros organismos que también carecen de la función regulatoria, como la Defensoría del Pueblo u organizaciones privadas de defensa del consumidor. No ocurre así a nivel nacional con los demás Entes de Control, dejando al Ente porteño en un pie de desigualdad con sus corresponsales organismos a nivel federal.

Aunque la pluralidad de organismos de control hace a una mayor efectividad, esta situación podría afectar la legitimación procesal del Ente, al realizar una actividad superpuesta con el Defensor del Pueblo o el Ministerio Público en un proceso judicial, dilatando procesalmente las presentaciones.

Los propios fundamentos legislativos de creación del Ente Regular, determinaron que

El proceso de regulación, el marco regulatorio y sus organismos reguladores son instituciones naturalmente dinámicas. Y si bien las instituciones tienen una vocación de permanencia, la experiencia jurídica y económica, las evoluciones institucionales y las transformaciones tecnológicas hacen que las instituciones sean mejorables y modificables con el transcurso del tiempo. Este proyecto pretende ser un aporte para dar comienzo a ese proceso regulatorio, que propende a la existencia de una mercado lo más competitivo posible y, como ya se dijo, a proteger los derechos de usuarios y consumidores en el sector de las actividades reguladas.

Otorgar al Ente Regulador la efectiva potestad regulatoria será tema de un futuro debate, a fin de poder brindar herramientas de control y fiscalización más efectivas de los servicios públicos de la Ciudad de Buenos Aires.

Artículo 139

El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos está constituido por un Directorio, conformado por cinco miembros, que deben ser profesionales expertos.

Los miembros del Directorio son designados por la Legislatura por mayoría absoluta del total de sus miembros, previa presentación en audiencia pública de los candidatos.

El Presidente o Presidenta será propuesto por el Poder Ejecutivo y los vocales por la Legislatura, garantizando la pluralidad de la representación, debiendo ser uno de ellos miembro de organizaciones de usuarios y consumidores.

No podrán tener vinculación directa ni mediata con los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos.

El Directorio al que hace mención el artículo está conformado por cinco miembros, designados por la Legislatura por mayoría absoluta del total de sus miembros, contemplando lo prescripto en el artículo 36 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, previa substanciación en audiencia pública con los candidatos. El Presidente o Presidenta es propuesto por el Poder Ejecutivo y los vocales por la Legislatura, garantizando la pluralidad de la representación, debiendo ser uno de ellos miembro de organizaciones de usuarios y consumidores.

Resultan, entre otras funciones del Directorio, las de: aplicar y fiscalizar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias que rigen la actividad del Ente, dictar el reglamento interno, determinar la estructura del organismo, asesorar al Poder Ejecutivo en todas las materias de competencia del Ente, efectuar, al menos semestralmente, una reunión consultiva con representantes de organizaciones de defensa de los usuarios de servicios públicos y de las organizaciones de prestadores de servicios públicos, así como realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los objetivos de la Ley N° 210.⁷

Las condiciones de los integrantes son: ser profesionales expertos; tener dedicación exclusiva en su función, excepto la docencia; están alcanzados por las incompatibilidades fijadas por la ley para los funcionarios públicos así como por las prescripciones establecidas en los artículos 56 y 57 de la Constitución de la Ciudad; no pueden tener al momento de su postulación al cargo, ni haber tenido durante los dos años anteriores, vinculación directa ni mediata con los concesionarios licenciatarios de servicios públicos bajo su control. Tampoco pueden tener dicha vinculación hasta después de transcurridos dos años de haber cesado en sus funciones. La violación de esta prohibición implica inhabilidad para desempeñar cualquier cargo público en la Ciudad por diez años.

7. Scarano, Luciano y Szczyry, Romina, *op. cit.*

La exigencia de idoneidad (profesionales expertos) de sus integrantes es consecuencia de lo normado por el artículo 16 de la Constitución Nacional.⁸ Este control es realizado por la Legislatura en el ámbito de una audiencia pública.

Sobre la idoneidad en la función pública, Bielsa expresa que

... nada desacredita más una gestión gubernativa o administrativa que los nombramientos arbitrarios, y lo son cuando los nombrados carecen de idoneidad moral y técnica... Además de implicar una transgresión constitucional, causa sensación de injusticia en el espíritu público. Sus primeras consecuencias son la repulsa de la opinión sensata; luego desmoraliza a los que con idoneidad tienen derecho al cargo; en fin, contribuye a perturbar el orden disciplinario.⁹

La idoneidad no debe confundirse con la capacidad jurídica, aptitud de una persona para contraer obligaciones o adquirir derechos,¹⁰ sino como sinónimo de aptitud.

Midón considera que

... [en la] Constitución la idoneidad es un presupuesto indispensable que debe llenarse para acceder al empleo público. De manera que el instituto aparece en la Constitución consagrando una obligación, un recaudo ineludible que el aspirante debe llenar.¹¹

Retomando, en el sistema de elección de los integrantes del Ente, los participantes en las audiencias pueden efectuar las consideraciones o impugnaciones que consideren pertinentes pero, como indica Quiroga Lavié, “lo que resuelva la Legislatura debe ser considerada una potestad discrecional para ella. Es decir no justiciable”,¹² excepto ante una evidente falta de titulación profesional, lo que sería materia judicial en el fuero local.

8. “Artículo 16. La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.”

9. Bielsa, Rafael, *La Función Pública: La moral política y administrativa*, Buenos Aires, Editorial Roque Depalma, 1960, p. 29.

10. Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, T. I, p. 417.

11. Midón, Mario, *Consideraciones en torno a la Idoneidad y el Empleo Público*, LL 1983-A, 920.

12. Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, p. 389.

En relación al cargo de vocal del Directorio del Ente, que representa a las asociaciones de consumidores y usuarios, según la Ley N° 1384 de la CABA, las organizaciones pueden postular como candidato o candidata a ocupar el cargo mencionado a uno solo de sus miembros, para lo cual deberá también participar de la Audiencia Pública de Designaciones y Acuerdos convocada por la Comisión Permanente de Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios y la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura porteña, a fin de evaluar la idoneidad y las impugnaciones, si las hubiere, de los candidatos propuestos para ocupar la vocalía en el Directorio del Ente en representación de las antedichas asociaciones.

Las Asociaciones de Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios proponentes deben cumplir a su vez ciertas condiciones, como estar inscriptas en el Registro de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de la Ciudad de Buenos Aires, con un año de antelación al momento de la postulación; presentar la última memoria y balance; copia del acta de elección de autoridades, realizada en tiempo y forma de acuerdo a sus estatutos; y copia del acta de la asamblea que designa al candidato o candidata.

La Legislatura realizará un orden de mérito, el cual aparte de la designación del vocal titular, determinará en caso de producirse la vacante del mismo por renuncia, muerte o destitución del vocal designado, quién será el vocal reemplazante, el cual cubrirá el período para el que fue designado el primero.

CLÁUSULA DEROGATORIA

Artículo 140

A partir de la sanción de esta Constitución, quedan derogadas todas las normas que se le opongan.

CLÁUSULAS TRANSITORIAS

Primera

1. Convocar a los ciudadanos electos como Jefe y Vicejefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, elegidos en los comicios del 30 de junio pasado, para que asuman sus funciones el día 6 de agosto de 1996 a la hora 11.00 en el Salón Dorado del Honorable Concejo Deliberante. En dicho acto prestarán juramento de práctica ante esta Convención.
2. Los ciudadanos convocados se desempeñarán con los títulos de Jefe y Vicejefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires respectivamente, hasta la sanción del Estatuto Organizativo o Constitución. Hasta ese momento, el Jefe de Gobierno ejercerá el Poder Ejecutivo de la Ciudad con las atribuciones que la Ley 19987 asignaba al antiguo Intendente Municipal de la Ciudad de Buenos Aires. El Vicejefe de Gobierno lo reemplazará en caso de vacancia, ausencia o impedimento y ejercerá, además, todas las funciones que el Jefe de Gobierno le delegue. Sancionado el Estatuto o Constitución, sus atribuciones se adecuarán a lo que éste disponga.
3. El Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en ningún caso podrá emitir disposiciones de carácter legislativo, salvo circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios y, en dicho supuesto, que no se trate de normas que regulen materias tributarias, contravencionales, electorales y del régimen de los partidos políticos. Dichas normas deberán ser ratificadas oportunamente por el órgano legislativo de la Ciudad de Buenos Aires.
4. Desde el 6 de agosto de 1996 y hasta la sanción del Estatuto Organizativo o Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el texto de la Ley 19987 y la legislación vigente a esa fecha, de cualquier jerarquía, constituirá la normativa provisional de la Ciudad, en todo cuanto sea compatible con su autonomía y con la Constitución Nacional.

Segunda

Las disposiciones de la presente Constitución que no puedan entrar en vigor en razón de limitaciones de hecho impuestas por la Ley 24588, no tendrán

aplicación hasta que una reforma legislativa o los tribunales competentes habiliten su vigencia.

Tercera

La Ciudad de Buenos Aires afirma su derecho a participar en igualdad de condiciones con el resto de las jurisdicciones en el debate y la elaboración del régimen de coparticipación federal de impuestos.

Cuarta

La primera Legislatura puede, por única vez, y durante los primeros doce meses desde su instalación, modificar la duración de los mandatos del próximo Jefe de Gobierno, el de su Vicejefe y el de los legisladores del próximo período, con el fin de hacer coincidir las elecciones de autoridades de la Ciudad con las autoridades nacionales. Dicha ley debe sancionarse con la mayoría de dos terceras partes del total de los miembros del Cuerpo.

Quinta

Para la primera elección de legisladores, la Ciudad de Buenos Aires constituye un distrito único.

Sexta

Los diputados de la primera Legislatura duran en sus funciones, por única vez, desde el día de la incorporación hasta el día de cese del mandato del Jefe de Gobierno. La primera Legislatura establecerá el sistema que garantice su renovación en forma parcial a partir de la segunda Legislatura, inclusive.

Hasta que la Legislatura dicte su propio reglamento, se aplica el reglamento de la Convención Constituyente de la Ciudad y supletoriamente el de la Cámara de Diputados de la Nación.

Séptima

A partir de los treinta días corridos de constituida la Legislatura caducan todas las designaciones realizadas por cualquier administración del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, efectuadas con el acuerdo del Concejo Deliberante, salvo que en ese plazo sean ratificadas por la Legislatura a pedido del Poder Ejecutivo. En caso de vacancia previa a la constitución de la Legislatura, el Jefe de Gobierno designa al reemplazante en comisión, ad referendum de aquella.

A los treinta días corridos de constituida la Legislatura caducan las designaciones del Controlador General y sus adjuntos, salvo que en ese plazo sean ratificados por la Legislatura.

Octava

La Ley Básica de Salud será sancionada en un término no mayor de un año a partir del funcionamiento de la Legislatura.

Novena

El Jefe de Gobierno convocará a elecciones de diputados que deberán realizarse antes del 31 de marzo de 1997.

Décima

Desde la vigencia de la presente Constitución, el Jefe y el Vicejefe del Gobierno de la Ciudad, ejercen las funciones que la misma les atribuye.

Los decretos de necesidad y urgencia que emita el Jefe de Gobierno, hasta que se constituya la Legislatura, serán sometidos a la misma para su tratamiento en los diez primeros días de su instalación. Por única vez, el plazo de treinta días del artículo 91, es de ciento veinte días corridos.

Hasta tanto se dicte la ley de ministerios, el Jefe de Gobierno podrá designar a sus Ministros y atribuirles las respectivas competencias.

Decimoprimera

El mandato del Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en ejercicio al sancionarse esta Constitución, debe ser considerado como primer período a los efectos de la reelección.

Decimosegunda

1. El Jefe de Gobierno, hasta que se constituya la Legislatura de la Ciudad, podrá:
 - a) Constituir el Tribunal Superior y designar en comisión a sus miembros.
 - b) Constituir los fueros Contencioso Administrativo y Tributario, Contravencional y de Faltas y los demás que fueren menester para asegurar el adecuado funcionamiento del Poder Judicial local, crear los Tribunales que resulten necesarios y designar en comisión a los jueces respectivos. La constitución del fuero Contravencional y de Faltas importará la cesación de la Justicia Municipal de Faltas creada por la Ley 19987, cuyas causas pendientes pasarán a la Justicia Contravencional y de Faltas.
 - c) Constituir el Ministerio Público y nombrar en comisión al Fiscal General, al Defensor General y a los demás integrantes que resulten necesarios.

2. El Poder Ejecutivo sancionará, mediante decreto de necesidad de urgencia, un Código en materia Contencioso Administrativa y Tributaria, y las demás normas de organización y procedimiento que fueren necesarias para el funcionamiento de los fueros indicados en las cláusulas anteriores, todo ad referendum de la Legislatura de la Ciudad.

3. Dentro de los treinta días de instalada la Legislatura, el Poder Ejecutivo remitirá los pliegos para el acuerdo de los jueces del Tribunal Superior de Justicia.

En igual plazo deberá remitir a la Legislatura, para su acuerdo, los pliegos de los demás jueces e integrantes del Ministerio Público nombrados en comisión, debiendo pronunciarse la Legislatura en el plazo de noventa días. El silencio se considera como aceptación del pliego propuesto.

Por esta única vez para el nombramiento de los jueces el acuerdo será igual a los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura.

4. La Legislatura, en el plazo de ciento veinte días corridos a partir de su constitución, sancionará la ley a que se refiere el artículo 117, designará a sus representantes en el Consejo de la Magistratura y en el Jurado de Enjuiciamiento y proveerá lo necesario para que ambas instituciones queden constituidas en los dos meses siguientes.

En el supuesto de que en el plazo señalado la Legislatura no cumpliera lo dispuesto en el párrafo anterior, el Tribunal Superior convocará a los jueces y a los abogados para que elijan a sus representantes y constituirá con ellos el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento conforme a la estructura orgánica provisoria que le dicte.

5. La Legislatura creará los Tribunales de Vecindad en cada Comuna, que estarán integrados por tres jueces, no pudiendo ser todos del mismo sexo. Sin perjuicio de la competencia que la ley determine, deberá entender en materias de vecindad, medianería, propiedad horizontal, locaciones, cuestiones civiles y comerciales hasta el monto que la ley establezca, prevención en materia de violencia familiar y protección de personas.

El funcionamiento de estos Tribunales queda sujeto al acuerdo que el Jefe de Gobierno celebrará con el Gobierno nacional, con el objeto de transferir las competencias y partidas presupuestarias que correspondan.

La Justicia Contravencional y de Faltas será competente para conocer en el juzgamiento de todas las contravenciones tipificadas en leyes nacionales y otras normas aplicables en el ámbito local, cesando toda competencia jurisdiccional que las normas vigentes asignen a cualquier otra autoridad.

Se limitará a la aplicación de las normas vigentes en materia contravencional, conforme a los principios y garantías de fondo y procesa-

les establecidos en la Constitución Nacional y en esta Constitución, en la medida en que sean compatibles con los mismos.

La primera Legislatura de la Ciudad, dentro de los tres meses de constituida, sancionará un Código Contravencional que contenga las disposiciones de fondo en la materia y las procesales de esta y de faltas, con estricta observancia de los principios consagrados en la Constitución Nacional, los instrumentos mencionados en el inciso 22 del artículo 75 de la misma y en el presente texto. Sancionado dicho Código o vencido el plazo fijado, que es improrrogable, todas las normas contravencionales quedarán derogadas.

Decimotercera

Se faculta al Gobierno de la Ciudad, para que convenga con el Gobierno Federal que los jueces nacionales de los fueros ordinarios de la Ciudad, de cualquier instancia, sean transferidos al Poder Judicial de la Ciudad, conservando su inamovilidad y jerarquía, cuando se disponga que la justicia ordinaria del territorio de la Ciudad sea ejercida por sus propios jueces.

Los que hayan sido designados antes del mencionado convenio pueden ser removidos sólo por los procedimientos y jurados previstos en la Constitución Nacional.

Esta facultad no impide que las autoridades constituidas puedan llegar a un acuerdo en términos diferentes, para lograr una transferencia racional de la función judicial.

En todos los casos el acuerdo comprenderá, necesariamente, la transferencia de las partidas presupuestarias o la reasignación de recursos conforme al artículo 75, inciso 2, de la Constitución Nacional.

Decimocuarta

Hasta tanto se encuentre integrado en su totalidad el Poder Judicial local, los jueces miembros del Consejo de la Magistratura continuarán en sus funciones judiciales. Los restantes miembros no podrán ejercer la abogacía ante los tribunales de la Ciudad y se desempeñarán honorariamente en el Consejo. La ley establecerá una compensación razonable por la limitación de su ejercicio profesional.

Decimoquinta

Los integrantes del Primer Tribunal Superior de Justicia, designados en comisión, prestarán juramento o compromiso ante el Jefe de Gobierno. En la primera integración del Tribunal, cuyos miembros cuenten con acuerdo de la Legislatura, prestarán juramento o compromiso ante el Presidente de esta.

Decimosexta

Hasta que la Legislatura establezca el régimen definitivo de remuneraciones, la retribución del Presidente del Tribunal Superior de la Ciudad es equivalente al noventa por ciento de la que perciba el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ambos casos por todo concepto.

Decimoséptima

La primera elección de los miembros del órgano establecido en el artículo 130 tendrá lugar en un plazo no menor de cuatro años ni mayor de cinco años, contados desde la sanción de esta Constitución. Hasta entonces el Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires adoptará medidas que faciliten la participación social y comunitaria en el proceso de descentralización. A partir de la sanción de la ley prevista en el artículo 127, las medidas que adopte el Poder Ejecutivo deberán adecuarse necesariamente a la misma.

Decimooctava

El control de la matrícula y el ejercicio del poder disciplinario de las profesiones liberales, continuará siendo ejercido por los Colegios y Consejos creados por ley de la Nación hasta que la Ciudad legisle sobre el particular.

Decimonovena

La Ciudad celebrará convenios con la Nación y las provincias sobre la explotación y el producido de los juegos de azar, de destreza y de apuestas mutuas de jurisdicción nacional y provinciales que se comercializan en su territorio.

En el marco de lo establecido en el artículo 50, revisará las concesiones y convenios existentes a la fecha de la firma de esta Constitución.

Vigésima

La Ciudad facilita la búsqueda de información sobre personas desaparecidas antes del 10 de diciembre de 1983 y de las que se presumieren nacidas durante el cautiverio materno.

Vigesimoprimera

Los ex-combatientes de la guerra del Atlántico Sur residentes en la Ciudad y que carezcan de suficiente cobertura social, tendrán preferencia en los servicios o programas de salud, vivienda, trabajo, educación, capacitación profesional y en el empleo público.

Vigésimosegunda

Hasta tanto la Legislatura dicte una ley que reglamente la representación de los usuarios y consumidores, el Directorio del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos, estará compuesto sólo por cuatro miembros.

Vigésimotercera

Hasta tanto se constituya la Legislatura continúan vigentes las instituciones del régimen municipal con sus correspondientes regulaciones, en la medida en que no se opongan o no hayan sido expresamente derogadas por esta Constitución.

Vigésimocuarta

Cualquier errata claramente material en el texto ordenado de la presente Constitución puede ser corregida por la Legislatura, dentro de los treinta primeros días de su instalación, con mayoría de tres cuartas partes del total de sus miembros.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, EL PRIMERO DEL MES DE OCTUBRE DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS.

SOBRE LOS AUTORES Y LAS AUTORAS

Amaya, Jorge Alejandro. Doctor y posdoctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA), en el área Derecho Constitucional. Profesor Regular Adjunto de la UBA, de su Doctorado y de la Especialización en Derecho Constitucional. Exdecano y Vicerrector Institucional de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Premio Colegio Público de Abogados de la Capital Federal en Derecho Constitucional. Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Reconocimiento a la Excelencia Académica otorgado por la UBA. Declarado Personalidad Destacada de las Ciencias Jurídicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2015). Autor de una decena de libros individuales; más de cuarenta colectivos y más de 100 trabajos publicados en revistas especializadas en Latinoamérica y Europa.

Amor, Alejandro. Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Presidente de la Asociación de Defensores del Pueblo de la República Argentina (ADPRA). Procurador y abogado (UBA). Realizó el Curso de Especialización para Expertos Latinoamericanos en Relaciones Laborales (Universidad de Bolonia). Posgrado en Relaciones Colectivas del Trabajo profundizado (UBA). Magíster en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo social en Europa (Universidad de Castilla-La Mancha). Doctorando en Ciencias Jurídicas y Sociales. Completó y aprobó el curso de Doctorado de la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) sin presentar tesis.

Astarloa, Gabriel María. Licenciado en Ciencias Políticas y abogado. Especialización en Organizaciones sin Fines de Lucro. Ha ejercido como abogado en la actividad privada por veinticinco años. En el ámbito público se desempeñó como Asesor de la Jefatura de Gabinete de Ministros del Gobierno de la CABA y como Director General de la Dirección General de Concesiones de la CABA. En la actualidad es Procurador General de la Ciudad de Buenos Aires. Profesor universitario en Abogacía y en la Licenciatura en Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina (UCA). Autor de numerosas publicaciones y disertante en congresos y jornadas, ha recibido diversos premios en concursos jurídicos.

Ayuso, Ana. Abogada (Universidad Nacional de Tucumán). Magíster en Derecho Comparado (Pennsylvania State University). Becaria Fulbrighth. Doctoranda en Derecho por la Universidad de Palermo (UP). Profesora de grado en la Facultad de Derecho (UP). Integra el equipo técnico y ofrece asesoramiento jurídico en el Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CASACIDN).

Basterra, Marcela I. Doctora en Derecho (UBA). Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP). Profesora Adjunta Regular de Derecho Constitucional (UBA); Titular de Régimen Jurídico de la Información (UCA); Titular de Derecho Constitucional Político (UCES); Titular de la Maestría en Magistratura (UBA) y de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional (UNLZ). Codirectora de la Carrera de Actualización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional (UBA). Profesora de Posgrado en diversas Instituciones Académicas y en más de diez Universidades del interior del país. Dictado de clases y seminarios en Universidades de Uruguay, Bolivia, Chile, México, Perú, Colombia, Paraguay, España e Italia. Miembro, entre otros institutos, de: Política y Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de la Sociedad Científica Argentina. Autora de numerosos libros de su especialidad y afines, y de más de doscientos artículos. Actualmente es Presidenta del Consejo de la Magistratura de la CABA.

Béguelin, José R. Abogado con diploma de honor en la Facultad de Derecho de la UBA. Especialista en Derecho Penal por la Universidad Torcuato Di Tella. Exbecario de doctorado del Servicio Alemán de Intercambio Académico - DAAD (Universidad de Düsseldorf, Alemania, 2010-2012), y exbecario de la Fulbright Commission (Columbia University, Estados Unidos, 2015). Actualmente es Prosecretario letrado de la Cámara de Apelación en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA. Profesor coordinador de Derecho Penal en el Instituto Superior de Seguridad Pública de la CABA y profesor adjunto interino de la UBA.

Berra, Elisabeth I. Abogada (UBA). Actualmente cursa la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo. Profesora adjunta regular de Derecho Constitucional Político (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales) y Docente auxiliar de Bases Constitucionales de Derecho Privado y de Derecho Constitucional Profundizado (UBA). Actualmente es Secretaria Letrada en la Presidencia del Consejo de la Magistratura de la CABA.

Bianchi, Alberto B. Abogado (UCA). Doctor en Derecho por la UBA, con tesis recomendada al Premio Facultad. Miembro de Número de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (1991). Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (2012). Premio Konex en el área Derecho Constitucional (2016). Profesor de Derecho Constitucional Profundizado en la UCA y en la Universidad Austral (Buenos Aires). Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Blas Pascal (Córdoba). Autor de 18 libros y más de 300 artículos sobre temas de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional.

Bosch, Fernando. Abogado (UBA), especialista en Derecho Penal de la Universidad del Salvador (USAL). Presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA. Coordinador de formación en seguridad y Director de capacitación y contenido e investigación científica y técnica del Instituto Superior de Seguridad Pública de la CABA (desde 2009). Es Jefe de trabajos prácticos de la materia Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la UBA (designado en 1998).

Converset, Martín M. Juez titular del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 5 de la Ciudad de Buenos Aires. Abogado, con Especialización en Derecho Administrativo Económico de la UCA. Magíster de Administración de Justicia de la Universidad de Roma, Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza. Profesor en el posgrado de Derecho de Daños (UCA), y los doctorados en Ciencias Jurídicas de la USAL, en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Católica de Salta, y en Procedimiento y Proceso Administrativo en la Ciudad de Buenos Aires (UCA). Profesor en la UBA, la UADE, el Insti-

tuto Superior de Seguridad Pública de la CABA, el Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura de la CABA y el Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina. Autor del libro *La acción de amparo y la intervención de terceros* (2012), y de más de veinte trabajos y diversos ensayos sobre temas relacionados con su especialidad.

Corti, Horacio G. Defensor General del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesor Titular de Finanzas Públicas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor en Derecho (UBA).

Corvalán, Juan Gustavo. Abogado y Doctor en Derecho. Es Profesor de la UBA y diversas universidades en grado y posgrado. Actualmente se desempeña como Fiscal General Adjunto Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Dabove, María Isolina. Investigadora del CONICET-UBA. Abogada por la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Doctora en Derecho (Universidad Carlos III de Madrid). Directora del Centro de Investigaciones en Derecho de la Vejez de la UNR. Directora del Observatorio de Derechos Humanos de las Personas Mayores de la Universidad de Morón. Directora de la Unidad de Investigación en Derecho de la Vejez de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Integrante de la Delegación Oficial Argentina ante la ONU y la OEA en el proceso de elaboración de la Convención Internacional y de la Convención Americana de Derechos Humanos de las Personas Mayores.

De Giovanni, Pablo Andrés. Abogado; especialista en Derecho de la Regulación de Servicios Públicos. Defensor de Primera Instancia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, interino (desde 2015). Subsecretario General de Asistencia a la Defensa MPD CABA (desde 2014). Secretario del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 5, (desde octubre de 2000). Asesor en la Convención Constituyente de la CABA. Profesor Titular de Práctica Procesal Administrativa y Derecho Público en la CABA. Adjunto de Derecho Constitu-

cional I (UCES). Coautor del *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Comentado y Concordado*, autor de diversos artículos y colaborador en 4 libros sobre Derecho Público de la Ciudad de Buenos Aires.

De Langhe, Marcela Vivian. Abogada y especialista en Derecho Penal por la Facultad de Derecho de la UBA. Especialista en Políticas Públicas de Seguridad de la UBA. Presidenta de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA. Rectora del Instituto Superior de Seguridad Pública de la CABA (desde 2011). Profesora adjunta regular a cargo de la materia de grado Teoría del Delito y Sistema de la Pena (UBA) y de la carrera de Especialización en Derecho Penal de la UBA (desde 2003). Autora y coordinadora de numerosos libros, colecciones y publicaciones de Derecho Penal y Procesal Penal.

De Stefano, Juan Sebastián. Abogado (UBA). Doctor Honoris Causa por la Universidad Autónoma de ICA (Perú, 2015). Magíster en Derecho, Economía y Ética en el Deporte, Libera Università Internazionale Degli Studi Sociali Guido Carli y Università Degli Studi di Roma “Foro Italico” (Roma, 2014-2015).

Díaz, Mariana. Abogada y especialista en Derecho Administrativo Económico por la UCA. En el ámbito del Poder Judicial de la CABA se desempeñó como Secretaria de primera instancia, Secretaria Letrada del Tribunal Superior de Justicia. Actualmente es Presidenta de la Sala I de la Cámara de Apelaciones del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA.

Eljatib, Axel O. Abogado (UBA). Especialista en Sociología y Ciencia Política de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Secretario Letrado en el Ministerio Público de la Defensa de la CABA. Docente del Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UBA.

Fernández, Alejandro. Abogado (UBA). Magíster en Comunicación Política y Gobernanza, George Washington University (Washington DC, Estados Unidos). Especialista en Administración y Derecho de la Seguridad Pública, Universidad Carlos III de Madrid / USAL de Buenos Aires.

Se desempeñó como Auditor General de CABA, Subsecretario de Asistencia Técnico-Administrativa de la Legislatura de la CABA; Director General de Recursos Humanos del Ministerio del Interior; Interventor de la Dirección de Admisión de Extranjeros en la Dirección Nacional de Migraciones, Ministerio del Interior; asesor en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación; y Coordinador del Comité de Seguridad en el Fútbol de la Secretaría de Seguridad Interior, Ministerio del Interior. Actualmente es Vicepresidente del Consejo de la Magistratura de la CABA.

Fernández, Vanina V. Abogada (UBA), especialista en Derecho Tributario y Miembro de la Carrera Docente de la Cátedra de Finanzas Públicas y Derecho Tributario (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Adjunta (i) en Teoría General del Derecho Tributario y Finanzas Públicas y Derecho Tributario. Es asesora jurídica en diversos organismos estatales.

Fernández Valle, Mariano. Magíster en Derecho y Posgrado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP). Diplomado en Derechos Humanos y Procesos de Democratización (Universidad de Chile). Fue docente en la UBA, en la UP, en la Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS) y en la Escuela del Servicio de Justicia. Fue integrante del Observatorio de Género en la Justicia de la CABA e Investigador del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actualmente se desempeña en la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación y en el ámbito docente.

Ferrazzuolo, Vanesa. Abogada (UBA). Magíster en Derecho Penal (Universidad Austral). Actualmente se desempeña como Consejera del Consejo de la Magistratura de la CABA, como representante del estamento legislativo. Desde 2007 es docente de la Facultad de Derecho

de la UBA. Fue titular de la Dirección de Asistencia Técnica y también de la Dirección de Asistencia a las personas privadas de su libertad, dependientes de la Defensoría General de la Ciudad (2014/2015), y Asesora legal en el Consejo de la Magistratura de la CABA (2013), y durante una década ejerció de forma liberal su profesión (2004-2014).

Gauna, Juan Octavio. Abogado (UBA). Secretario, Juez de Primera Instancia y de Cámara en el fuero Contencioso Administrativo Federal. Procurador General de la Nación (1983-1987). Presidente del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires (diciembre de 1998-diciembre de 2002). Miembro Titular del Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público de la Nación (2005-2014). Se desempeñó como profesor de la materia Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la UBA. Director del Departamento de Práctica Profesional y Profesor en el curso de posgrado sobre el Régimen Institucional de la Ciudad de Buenos Aires. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo y de la Asociación Latinoamericana de la Administración Pública. Autor de más de 40 publicaciones relacionadas con la temática de Derecho Público. Participó en más de 150 conferencias, seminarios y jornadas.

Gil Domínguez, Andrés. Abogado y Doctor en Derecho. Tesis recomendada al Premio Facultad (UBA). Posdoctor en Derecho (UBA). Profesor Regular Adjunto de la materia Derecho Constitucional. Profesor de Doctorado en la UBA y en la Universidad de Salamanca (España). Profesor Regular Titular de Derecho Constitucional (Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa). Profesor Titular Interino de Derecho Constitucional (UBA). Investigador visitante de la Universidad Autónoma de México y de la Universidad de Salamanca. Investigador I+D de la Unión Europea por la Universidad de Salamanca (España). Postgrado en Justicia Constitucional (Universidad Carlos III, España). Director del Programa de Actualización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional Profundizado, y de los Cursos Intensivos en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional (UBA).

Gómez, Elena I. Abogada. Especialista en Administración de Justicia (UBA). Magíster en Derecho Electoral (Universidad de Castilla-La Mancha). Profesora de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y del Ciclo Básico Común (UBA). Prosecretaria de Cámara de la Cámara Nacional Electoral, Poder Judicial de la Nación.

Gómez, Patricia. Licenciada en Ciencia Política (UBA). Magíster y doctoranda en la Universitat Autònoma de Barcelona. Especialista en la relación entre género, derechos y política. Secretaria Académica del Programa de Actualización en Género y Derecho de la Facultad de Derecho de la UBA (desde 2014). Desarrolló distintas actividades de investigación en organismos españoles y latinoamericanos. Docente de grado y posgrado en universidades argentinas. Actualmente es Secretaria de Investigaciones de la Red Argentina de Género, Ciencia y Tecnología (RAGCyT). Con anterioridad desempeñó actividades en el Observatorio de Género y Justicia, en la Legislatura de la CABA y en la Defensoría del Pueblo de la CABA.

González Tocci, María Lorena. Abogada (UBA). Profesora de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora Titular Asociada de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCES, en las carreras de Abogacía y Ciencia Política. Profesora de Teoría Constitucional de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la UNLZ. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Expositora, panelista y/o ponente en seminarios, jornadas y congresos nacionales e internacionales sobre Derecho Constitucional y Procesal Constitucional. Autora de publicaciones en temas de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos.

Gozáini, Osvaldo Alfredo. Abogado por la Universidad Nacional de La Plata. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la UBA (área Derecho Constitucional), con un segundo doctorado en la misma universidad. Profesor Titular por concurso del Departamento de Derecho Procesal (UBA, desde 1997). Actualmente se desempeña como Director del Departamento de Derecho Procesal (UBA), Director de la Maestría

en Derecho Procesal Constitucional de la UNLZ y la Carrera de Especialización en Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la UBA.

Heller, Mariano. Abogado (UBA). Magíster en Administración Pública de American University (Washington DC). Becario Fulbright y miembro de la Sociedad Honoraria Pi Alpha de la Administración Pública de los Estados Unidos. Funcionario del Poder Judicial de la CABA. Realizó estudios sobre Modernización y Administración Judicial de la Universidad Carlos III de Madrid y la Fundación Carolina. Docente de grado y posgrado de la Facultad de Derecho de la UBA y del Ciclo Básico Común de dicha institución. Profesor invitado de la Southwestern Law School de Los Ángeles, California. Participación en seminarios sobre planificación estratégica y gobierno abierto en el Poder Judicial.

Ibarra, Aníbal. Abogado. Exfiscal Federal en lo Penal (1986/90). Convencional constituyente para la Reforma de la Constitución Nacional (1994). Convencional constituyente de la CABA (1996). Exlegislador de la CABA (en tres oportunidades). Exjefe de Gobierno de la CABA (en dos oportunidades). Actualmente se desempeña como asesor jurídico en el Consejo de la Magistratura de la CABA.

Juan Lima, Fernando E. Abogado (UBA). Especialista en Derecho Público y Doctor en Derecho (Universidad San Pablo CEU, Madrid). Juez de Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA. Profesor de grado y posgrado (Derecho Administrativo y Constitucional) en diversas universidades del país.

Actualmente es Vicepresidente del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA).

Lago, Lidia Ester. Abogada (UBA). Realizó estudios de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la UMSA. Ingresó a la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en 1977. Desempeñó los cargos de Secretaria de Primera Instancia (1984) y Secretaria de Cámara (1991). Es Jueza del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA N° 7 desde 2000. Actualmente es Consejera y ocupa el cargo de Secretaria del Consejo de la Magistratura de la CABA

(período 2016-2020). Coautora del *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA Comentado y Anotado*. Ha participado como asistente y expositora en numerosos seminarios, cursos y jornadas.

Larrea, María Soledad. Abogada (UBA). Especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA). Docente de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la UBA. Jueza de Primera Instancia del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA.

Lázzaro, Alejandra. Doctora en Derecho (UBA). Secretaria de Cámara en la Cámara Nacional Electoral. Profesora de Derecho Constitucional y Profesora de Política Comparada (UBA). Profesora de Derechos Humanos (Universidad Nacional de Luján). Subdirectora del curso de posgrado Nuevos Desafíos del Derecho Electoral (UBA). Docente Investigadora sobre temas de representación, reformas institucionales y género. Facilitadora Electoral, Bridge - Project Building Resources in Democracy, Governance and Elections, Naciones Unidas, Australian Electoral Commission and International IDEA, 2007. Publicaciones: *Ley de Partidos Políticos*; *El financiamiento partidario en Argentina*; *El papel de la justicia en la resolución de conflictos de género. El caso de la Argentina*; *La igualdad y la ley de cupo femenino, un largo camino*; *Ley de cupo, ¿avance legislativo o judicial?*

López Alfonsín, Marcelo. Juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA. Doctor en Derecho de la Facultad de Derecho de la UBA, con especialidad en Derecho Constitucional.

Luques, María Ximena. Abogada y Escribana por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la USAL. Profesora en Ciencias Jurídicas (USAL). Diploma de Experto en Evaluación de Políticas Públicas (Universidad de Sevilla, 2015).

Macchiavelli, María de las Nieves. Abogada (UBA). Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad de Belgrano (UB). Docente en diferentes universidades. Se desempeñó como Subdirectora de Asuntos Judiciales e Institucionales del Ministerio de Salud del GCBA;

Gerente de Asuntos Judiciales e Institucionales de la Dirección General Defensa y Protección al Consumidor del GCBA; y Secretaria a cargo de la Secretaría N° 38 del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA N° 19. Actualmente es Secretaria General de la Fiscalía General de Ciudad, a cargo de la Secretaría Judicial.

Martínez, Leandro Abel. Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente de las materias Elementos de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Principios de Derecho Constitucional y Derechos Humanos del Ciclo Básico Común (UBA).

Michielotto, Paola Vanessa. Abogada por la Universidad Nacional de Mar del Plata. Especialista en Derecho Ambiental (UCA). Postgrado en Derecho Ambiental (tesis en progreso). Presidente del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires.

Mólica Lourido, Cecilia. Abogada egresada con Diploma de Honor (UBA), con orientación en Derecho Penal. Es especialista en Administración de Justicia (UBA). Cursó la carrera de especialización en Derecho Administrativo Económico en la UCA. Realizó cursos de posgrado vinculados a su especialidad. Participó como asistente y expositora en jornadas y congresos nacionales. Es autora de publicaciones en libros y revistas de Derecho. Ingresó al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires en 2000. Desde marzo de 2013 se desempeña como Juez, por concurso público, a cargo del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N°20.

Moreno, Aluminé. Licenciada en Ciencia Política (UBA). MSc in Gender and Social Policy, por la London School of Economics and Political Science. Actualmente es docente en posgrado en la UBA y en otras universidades nacionales. Ha sido Directora general de la Comisión Mujer, Infancia, Adolescencia y Juventud de la Legislatura de la CABA (entre marzo de 2010 y diciembre de 2011), y desde 2012 integra el Observatorio de Género en la Justicia del Consejo de la Magistratura de la CABA. Los temas de su interés son: género, política sexual, políticas públicas y movimientos sociales.

Naveira de Casanova, Gustavo J. Abogado (UBA). Doctor en Derecho (Universidad de Salamanca, España). Profesor titular de Finanzas Públicas y Derecho Tributario (Facultad de Derecho, UBA). Profesor de posgrado en universidades del país y del extranjero. Autor de libros y artículos sobre Derecho Financiero y Derecho Tributario.

Nenci, María Gracia. Abogada (UBA). Especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales; en Prevención, Análisis y Gestión de Conflictos: estrategias avanzadas de negociación y mediación; en Justicia Constitucional: Interpretación y Aplicación de la Constitución (Universidad de Castilla-La Mancha), y realizó el Corso di Alta Formazione in Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale dei Diritti (Universidad de Pisa). Es Directora Ejecutiva de la Diplomatura en Derecho Parlamentario y Asesora Parlamentaria de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (UAI); Subdirectora de los Institutos de Derecho Parlamentario del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional; y Personal de la Planta Permanente por Concurso Público y Abierto de la Legislatura de la CABA.

Ocampo, Martín. Abogado (UBA). Especialista en Derecho Administrativo y Derecho de las Telecomunicaciones. Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Ha tenido una amplia actuación académica en nuestro país y en el exterior, en materia de Derecho Administrativo y Derecho de las Telecomunicaciones (Argentina, Estados Unidos, Perú y Uruguay). Es Profesor Adjunto en la Carrera de Abogacía de la Universidad Maimónides. Participó del Programa Actualización en Derecho de las Comunicaciones (UBA, 2006) y del Taller Regional de Planificación de Negocios de las Telecomunicaciones organizado por las Naciones Unidas y la UIT (Lima, 2001). Se desempeñó como Legislador de la CABA (2007-2013). Designado Fiscal General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2013); actualmente en uso de licencia. Es Ministro de Justicia y Seguridad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Oliveto Lago, Paula. Legisladora de la Ciudad por la CC-ARI. Abogada (UBA), especializada en Administración Financiera del Sector Público (UBA) y Fiscalización, Auditoría y Control de la Gestión de los Fondos Públicos (Universidad de Salamanca). Realizó cursos en el área de control y

transparencia en la gestión pública. Se desempeñó como Auditora de la CABA; Asesora de la Diputada nacional Elisa Carrió; y Coordinadora de la Escuela de Gobierno del Instituto Hannah Arendt y el Centro para la Transparencia en la Gestión Pública y Privada Lisandro de la Torre.

Otheguy, Osvaldo. Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA. Abogado especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Adjunto regular por concurso de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor de la Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA) y de la Especialización de Derecho Administrativo Económico de la UCA.

Pagani, Enzo Luis (1970-2017). Abogado (UBA). Presidente del Consejo de la Magistratura de la CABA desde 2015 hasta su fallecimiento. Fue diputado de la CABA en dos mandatos consecutivos (2007-2015). En las Comisiones de asesoramiento permanente de la Legislatura de la CABA se desempeñó como Presidente de la Comisión de Obras y Servicios Públicos; Vocal de las Comisiones de Justicia; de Asuntos Constitucionales; de Presupuesto, Hacienda, Administración Financiera y Política Tributaria; de Educación, Ciencia y Tecnología; de Desarrollo Económico, Mercosur y Políticas de Empleo; de Tránsito y Transporte; de Vivienda; de Seguridad; de Políticas de Promoción e Integración Social; Vicepresidente de las Comisiones de Desarrollo Económico, Mercosur y Políticas de Empleo; Vocal de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control; y Presidente de la Comisión de Relaciones Interjurisdiccionales.

Palazzo, Eugenio Luis. Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor Titular Ordinario de Derecho Constitucional en grado, posgrados y doctorado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho (UCA). Director de la Especialización en Derecho Constitucional de la Facultad Teresa de Ávila, sede Paraná (UCA). Director de la Serie Especial “El Derecho Constitucional”, de la revista *El Derecho*. Integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Pegoraro, Mara. Licenciada en Ciencia Política (UBA). Magíster en Ciencia Política y candidata a Doctor en Ciencias Sociales por la Universidad de Salamanca, España. Docente de la UBA y de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO).

Peluffo, María Laura. Abogada y Profesora de Bases Constitucionales del Derecho Privado y Derecho Constitucional Profundizado en la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora Titular Asociada de Derecho Constitucional I (Político) en la carrera de Abogacía, y Profesora Adjunta de Derecho Constitucional Político en la carrera de Ciencias Políticas (UCES).

Perícola, María Alejandra. Abogada (UBA). Licenciada y Profesora en Ciencia Política (USAL). Magíster en Derecho Electoral y especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Profesora Adjunta regular de Teoría del Estado y del curso Reforma Política, y Adjunta Interina de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora Titular regular de Derecho Constitucional en el Colegio Nacional de Buenos Aires (UBA). Exbecaria Fulbright en The George Washington University Law School (categoría investigación) y en el programa de becas externas René Hugo Thalmann de la UBA en las Universidades de Alcalá de Henares y Castilla-La Mancha, España. Autora de publicaciones que abordan el estudio de la representación política, los derechos de participación política, los partidos políticos y los sistemas electorales.

Petrella, Alejandra. Jueza por concurso, titular del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 12. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora de grado y posgrado de Derecho Administrativo. Autora de numerosas publicaciones de su especialidad; entre otras, el libro *Salud Mental y Salud Pública en la CABA* (Ediciones RAP, 2016).

Presti, Daniel Agustín. Abogado (UBA). Posgrado en Derecho Penal y Ciencias Penales (USAL). Se desempeña como legislador de la CABA, en segundo mandato por el período 2015-2019. Presidente de la Comisión de Justicia. Integrante de las Comisiones de Seguridad, Asuntos Constitucionales, Planeamiento Urbano, Presupuesto y Ha-

cienda, entre otras. Fue Subsecretario de Justicia dependiente del Ministerio de Justicia y Seguridad del Gobierno de la CABA y Secretario Federal en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 7 de la Capital Federal. Actualmente dicta la materia de Derecho en el Colegio Manuel Belgrano - Hnos. Maristas de la CABA.

Recalde, María Cecilia. Abogada. Magíster en Derecho Administrativo. Profesora de Derecho Constitucional y materias afines en carreras de grado y posgrado en la UCA (Sedes Buenos Aires y Mendoza) y en la UBA. Es miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho, y miembro titular de Human Development and Capabilities Association (asociación internacional que se encuentra bajo la órbita de la Universidad de Harvard, Estados Unidos).

Reynoso, Darío. Abogado (UBA). Posgrado de especialización en Derecho Administrativo Económico (UCA). Estudios de Doctorado en Ciencias Jurídicas (USAL). Juez en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, a cargo del Juzgado N° 24 (desde 2013). Actualmente se desempeña como Consejero del Consejo de la Magistratura porteño en representación del estamento judicial. Fue Secretario General de la Asociación de Magistrados de la CABA. Ingresó al Poder Judicial de la Nación (1989) y al Poder Judicial de la Ciudad (2000). Profesor Adjunto de las asignaturas Derecho Procesal Civil y Comercial (UADE), y de Práctica Procesal Administrativa y Derecho Público en la Ciudad de Buenos Aires (UCES).

Rinaldi, Luciano Leandro H. Abogado (UBA). Maestrando en Ciencia Política (Universidad Torcuato Di Tella). Investigador de apoyo del proyecto “La delimitación de competencias entre la Nación y las Provincias en materia electoral”, Facultad de Derecho, UBA (DCT 1428). Docente interino de las materias Principios Generales del Derecho Latinoamericano y Principios de Derechos Humanos y Derecho Constitucional en el Ciclo Básico Común (UBA). Ayudante de Segunda por concurso de ingreso a la Carrera Docente de las materias Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UBA.

Rodríguez Masdeu, Daniel. Abogado (UBA). Especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales; en Prevención, Análisis y Gestión de Conflictos: estrategias avanzadas de negociación y mediación; en Justicia Constitucional: Interpretación y Aplicación de la Constitución (Universidad de Castilla - La Mancha), y realizó el Corso di Alta Formazione in Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale dei Diritti (Universidad de Pisa). Es Director Ejecutivo de la Diplomatura en Derecho Parlamentario - Asesor Parlamentario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (UAI), y Director de los Institutos de Derecho Parlamentario del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Personal de la Planta Permanente por Concurso Público y Abierto de la Legislatura de la CABA.

Rosatti, Horacio Daniel. Abogado. Escribano y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL). Magíster en evaluación de impacto y gestión ambiental (UCSF). Profesor titular por concurso de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL). Profesor estable de Teoría del Estado en la Maestría de Derecho Procesal (UNR). Director del Doctorado en Ciencia Jurídica (UCSF). Director de la Maestría en Teoría Constitucional y Derechos Humanos (UNL). Convencional Constituyente por Santa Fe en la reforma de la Constitución Nacional (1994). Intendente municipal de la ciudad de Santa Fe (1995-1999). Procurador General del Tesoro de la Nación (2003-2004). Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (2004-2005). Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (2013-2017). Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Autor de quince libros individuales, cinco en coautoría, y director de dos libros colectivos. Mercedor de más de una docena de premios y distinciones.

Rossi, Felicitas. Abogada (UBA). Diplomada en Derechos Humanos y Mujeres por la Universidad de Chile. Integrante de la Comisión Directiva de Amnistía Internacional Argentina y el Programa de Investigación y Abogacía Feminista de la Universidad Torcuato Di Tella. Fue Directora del área de Derechos Sociales y Coordinadora del área Litigios de Interés Público en la Asociación por los Derechos Civiles, y

Consultora en temas de salud sexual y reproductiva en el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Actualmente se desempeña de forma profesional en el Observatorio de Género en la Justicia del Consejo de la Magistratura de la CABA.

Saba, Roberto. Abogado (UBA). Magíster y Doctor en Leyes (Yale University). Profesor de Derecho Constitucional en las facultades de Derecho de la UBA y de Palermo. Decano de esta última.

Sabsay, Daniel Alberto. Abogado (UBA). Posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de París. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director de la Carrera de Posgrado en Derecho Constitucional (UBA). Profesor invitado de las universidades de Estrasburgo, de Austin, Texas y de la Internacional de Andalucía.

Sacristán, Estela B. Abogada (UMSA). Especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA). Doctora en Derecho (UBA, tesis calificada sobresaliente). Beca UCA posdoctoral.

Sagüés, María Sofía. Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales (UCA). Magíster en Derecho (Universidad de Georgetown, Estados Unidos). Profesora Titular de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la UCA, y de Procesal Civil y Comercial en la UCES. Profesora Adjunta Regular por concurso de Derecho Constitucional en la UBA. Docente y expositora en numerosas instituciones y universidades de Argentina y el exterior. Vocal suplente de los comités ejecutivos de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Asociación Argentina de Derecho Procesal. Autora de numerosas publicaciones en la materia.

Salvatelli, Ana. Abogada, Diploma de Honor de la Facultad de Derecho de la UBA. Magíster en Abogacía del Estado (Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación). Docente de grado y de posgrado en diversas instituciones, también en el interior del país. Autora de publicaciones de la especialidad. Secretaria de Redacción de la Revista Argentina del Régimen de la Admi-

nistración Pública - RAP. Actualmente se desempeña como Secretaria Legal y Técnica del Consejo de la Magistratura de la CABA.

Scheibler, Guillermo. Abogado. Maestrando en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Facultad de Derecho de la UBA (tesis en elaboración). Docente de grado y de posgrado en diversas instituciones. Investigador y autor de diversas publicaciones de la especialidad. Presidente de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA.

Schulman, Nora. Licenciada en Servicio Social de la Facultad de Derecho y Servicios Sociales de la UBA. Exsecretaria Académica de la carrera de Trabajo Social (UBA). Directora Ejecutiva en CASACIDN (desde 2004 a la actualidad). Coordinadora académica del curso virtual Sistemas de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Recorridos y Perspectivas desde el Estado y desde la Sociedad Civil, CASACIDN. Secretaria de extensión de la Universidad Nacional de Córdoba (ediciones 2011, 2012 y 2013). Coordinadora académica en Sistemas de Protección en la Provincia de La Pampa (CASACIDN) de la Universidad Nacional de La Pampa. Investigadora del Consejo Federal de Inversiones. Docente de la Maestría en Infancia e Instituciones de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

Segón, Marcelo Juan. Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 17. Abogado (UB). Ingresó en la Justicia Nacional en lo Civil en 1992. Profesor Adjunto de Derecho Procesal Constitucional II en la UCES. Ejerció como Fiscal subrogante en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario del Ministerio Público Fiscal de la CABA. Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales (UMSA). Participó en el curso intensivo de posgrado “El rol de los Jueces en la integración jurídica. La nueva perspectiva del Derecho Internacional y de los Derechos Humanos” (Universidad de Perugia, Italia), y aprobó el Programa General de la Escuela Judicial del Instituto Superior de la Magistratura. Recibió un Premio del Centro de Formación Judicial por su trabajo de investigación *Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?* (2009). Es miembro de la Asociación Argenti-

na de Justicia Constitucional. Fue declarado visitante distinguido del Municipio de Paipa, Boyacá, Colombia.

Spota, Alberto. Abogado (UBA). Licenciado en Derecho (España), por convalidación del título extranjero de Abogado. Profesor Regular por concurso en Derecho Constitucional y en posgrado (UBA). Miembro del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, y Vocal de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Socio del Estudio Spota. Ha ejercido la abogacía de forma liberal en Argentina y España, en temas concernientes al Derecho Constitucional y Administrativo.

Telias, Javier J. Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Secretario General de Coordinación Técnica del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Thau, Sergio D. A. Abogado (UBA). Magíster en Ciencia Política. Técnico Superior en Administración Legislativa. Profesor de Derecho Constitucional en la UBA, UNLZ, UCES y UB. Titular de Práctica Legislativa en la UCES. Profesor en el Instituto Superior de la CABA. Profesor de Derechos Humanos y Garantías en la UBA. Profesor de Historia de las Instituciones Políticas en la UCES. Miembro del Jurado de Conciencia y del Jurado de la American University Washington College of Law en varias oportunidades. Panelista en numerosos congresos. Asesor de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Asesor de la Legislatura de la CABA. Controlador de Faltas del Gobierno de la CABA.

Torre de la, Cecilia María (1962-2016). Abogada egresada con Diploma de Honor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA (1988). Se desempeñó de forma profesional como abogada independiente y ha fundado el estudio jurídico Martín Irigoyen & de la Torre (1990). Ejerció la docencia en la UBA, en la cátedra de Teoría del Estado, y en las cátedras de Teoría del Estado y Derecho Constitucional de la UADE. Fue electa Legisladora de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 2013. Fue Presidenta de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Legislatura porteña.

Trionfetti, Víctor Rodolfo. Abogado-procurador (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA). Profesor Adjunto Regular de Elementos de Derecho Procesal Civil y Comercial (UBA). Profesor Titular de El Proceso Civil y Comercial I en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE). Exprofesor Titular de Derecho Procesal Civil I y II en la Universidad Torcuato Di Tella. Exprofesor Titular de Estructuras Procesales y Complejidad. Las Nuevas Fronteras del Proceso, en la Escuela del Servicio de Justicia. Es Juez de Primera Instancia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA.

Vázquez, Marcelo Pablo. Abogado (UBA). Inició su carrera en el Poder Judicial en 1988. Se desempeñó como Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Ciudad y Secretario de Políticas Judiciales de la Federación Argentina de la Magistratura. Actualmente es Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (designado por concurso en noviembre de 2003) y Consejero de la Magistratura (desde mayo de 2016). Autor de diversas publicaciones, ha sido expositor y participante de numerosos congresos, jornadas y seminarios.

Vítolo, Alfredo Mauricio. Abogado con Diploma de Honor (UBA). Master of Laws de la Universidad de Harvard (Estados Unidos). Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos y Garantías de la UBA. Miembro de las Comisiones Directivas de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Asesor de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Fue asesor del Ministerio de Defensa y del Consejo para la Consolidación de la Democracia. Profesor invitado en numerosas universidades nacionales en cursos de grado y de posgrado, en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado y en las carreras de Estado de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires. Exconjuez de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo.

Vivo, Gustavo A. Abogado (UBA). Convencional Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996). Jefe de Trabajos Prácticos del Departamento de Derecho Público I en la materia Elementos de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UBA. Profesor Adjunto

(i) en la asignatura Representación Política, Partidos Políticos y Elecciones correspondiente al CPO, Facultad de Derecho, UBA. Especialista en Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, UBA). Especialista en Derecho Constitucional (38° Cursos de Especialización en Derecho, Universidad de Salamanca, España).

Wajntraub, Javier Hernán. Abogado (UBA). Realizó estudios de posgrado en la UBA y en la Universidad de Salamanca (España). Doctorando admitido por resolución de la Facultad de Derecho (UBA). Titular del Estudio Wajntraub Abogados. Asesor en el Ministerio de Justicia de la Nación. Consultor legal del Gobierno de la Provincia de Salta. Árbitro del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo. Director de los Diplomados en Derechos de los Usuarios y Consumidores de la UCASAL (Salta), UCSF (sede Posadas) y de la UCES (CABA). Profesor de la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta, de la Carrera de Especialización en Derecho de Daños y del Posgrado de Derecho Ambiental de la UBA. Profesor invitado en varias universidades e instituciones nacionales y extranjeras. Autor de más de diez libros (con coautorías), y de decenas de artículos de doctrina y comentarios jurisprudenciales. Ha dictado más de cien conferencias en diversos foros y universidades nacionales y extranjeras.

